EXERCITATIO FEUDALIS
DE
HYPOTHECA FEUDALI
ABSQUE
CONSENSU AGNATORUM ET SIMULTANEE INVESTITORUM SUBSISTENTE,

QUAM

ILLUSTRIS JCTORUM ORDINIS CONSENSU

PRÆSIDE

DN. D. JOANNE GODOFREDO BAVERO,

H. L. Q. C.

PUBLICE DEFENDET

FRIDERICUS CAROLUS AUGUSTUS TRÜTZCHLER DE FALKENSTEIN,

Eqv. Luſ. Infer.

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITTORIO EMANUELE

LIPSIÆ A. O. R. MDCCXXI. D. XXVIII. MART.

LITTERIS SCHEDIANIS.

Digitized by Google

Digitized by Google

EXERCITATIO FEVDALIS
DE
HYPOTHECA FEVDALI
ABSQVE CONSENSV AGNATORVM ET SIMVLTANEE INVESTITORVM SVBSISTENTE.

§. I.

IUri convenit omniumque Dd. calculo hactenus comprobatur, qvod pignoris vel hypothecæ conſtitutio dominium rei oppignoratæ in Creditorem non transferat. *l. 12. in princ. d. diſtr. pign. l. 35.* §. *1. d. pignorat. act.* Conſequitur creditor inde nihil aliud qvam ius quoddam in re oppignorata, vi cuius de credito ſuo redditur ſecurus *l. 30. d. Nox. act. l. 19. pr. de damn. infect. l. 18.* §. *3. d. pignorat. act. l. 12. C. d. diſtr. pign.* quum ſatius ſit rei inſiſtere quam in perſonam agere. *l. 25. d. R. I.* & licet talismodi creditor ius retinendi, perſequendi a quovis poſſeſſore, imo & diſtrahendi pignoris pro re nata exercere

Dominium pignoris non transfertur in creditorem.

Digitized by Google

cere poſſit: tantum tamen abeſt, vt ex iure dominii tale quid prouenire dicamus, ut potius ad effectum peculiaris iuris in re ab effectibus dominii diverſos idem referendum ſit. Inde enim non eodem cum effectu perſecutio rei obligatæ conceditur, quo vindicatio rei noſtræ; quippe ibi creditor contentus eſſe debet, ſi poſſeſſor ipſi ſolutionem crediti offerat *c. 5. X. de pignor. l. 16. §. 3. d. pignor.* quum econtrario rem noſtram ſimpliciter vindicare valeamus, etiamſi reus conventus ad veram ipſius æſtimationem præſtandam paratus ſit *l. 68. d. R. V.* Deinde ab effectu iſto poteſtatis rem alienandi ad ius dominii adſtruendum ſatis imbecille ducitur argumentum, quum non minus quis, etſi Dominus non ſit, poteſtatem alienandi habere poſſit, quo minus ſequitur, quod omnis qui Dominus eſt, liberam de rebus ſuis diſponendi facultatem habeat. *pr. I. quib. alien. lic. vel non.* Qvemadmodum itaque debitor dominium pignoris retinet, ita etiam caſus fortuitus circa illud contingens ad ipſum non ad creditorem ſpectat *l. 9. C. d. pignor. act.* qvandoquidem res perit ſuo domino. Indeque creditor non ſolum pignora caſu peremta præſtare non compellitur, verum etiam a petitione debiti ob id non ſubmovetur *l. 6. C. eod. §. f. quib. mod. re contrab. oblig.*

§. II.

Vnde differt alienatio ab oppignoratione.

Deprehenditur ideo inſignis differentia inter oppignorationem & alienationem, quippe alienationis verbo omnis actus intelligitur, per quem dominium transfertur *l. 1. C. d. fund. dot.* neque alienatum proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet, licet venditum recte dicatur. *l. 67. d. V. S.* Ex quo vlterius ſequitur, quod nec pro perfecta alienatione haberi queat, ſi res a non domino interueniente licet titulo ad transferendum dominium habili

bili

habili alteri tradita ſit, quia iſte dominium quod ipſe non habuit, in accipientem transferre non potuit, licet accipiens ita cæteris paribus in conditione vſucapiendi conſtituatur. Sed ab hac imperfecta alienatione differt quoque oppignoratio, quæ ipſa, vti nunquam accedente titulo ad transferendum dominium habili efficitur, nec vnquam in creditorem facultatem vſucapiendi transfert, quum notiſſimi iuris ſit, quod absque poſſeſſione iuſta dominii opinione munita nulla currat præſcriptio *l. 25. d. Vſurp. & Vſucap. iunct. pr. l. d. Vſucap. & long. temp. præſcript. c. fin. X. d. præſcript.* Aſt quum creditor pignus, dum verum ipſius dominum nouit, non ut rem propriam ſed vt alienam poſſideat, illud in infinitum non poteſt vſucapere, licet, reluitione a debitore facta, actioni pignoratitiæ ordinario tempore 30. annorum præſcribatur. *vid. l. 3. C. de præſcr. 30. vel 40. ann. iunct. l. 9. §. 3. d. pignorat. act.* Quicquid ſit, etſi pro perfecta & plena alienatione oppignoratio haberi non poſſit, certum tamen eſt, quod argumentum ab alienatione ad oppignorationem valide ducatur *arg. l. 18. §. 4. d. pignorat. act.* quum per hanc deueniatur ad illam, vt adeo qui alienare prohibetur, nec oppignorare poſſit *l. fin. §. 2. C. Commun. de legat.* ipſaque res, cuius alienatio interdicta eſt, neque obligari debeat *l. fin. C. d. reb. alien. non alien.* Ducitur tamen argumentum ab alienatione ad oppignorationem.

§. III.

Miſſis aliis, quæ hac in parte adduci poſſunt, exemplis, mox ad bona feudalia accedimus, vbi vel primo intuitu apparet, regulam noſtram, quod prohibita alienatione neque oppignoratio admitti poſſit, per inſtantiam ab ipſis petitam maximopere confirmari. Nam ſi feudi naturam paulo altius intueamur, dubium videri nequit, quod omnis de feudo diſpoſitio, vnde Domini directi conditio deterior Vti in bonis feudalibus. Vaſallus non poteſt in præ-

iudicium Domini de feudo diſponere.

rior reddi poteſt, Vaſallo interdicta ſit *II. F. 52. & 55. II. F. 8. §. econtrario.* Scilicet, quia feudi ſubſtantiæ repugnat, quod plenum dominium ad Vaſallum transferri poſſit, *vide quæ late hac de re diſputauit Præſes in Diſſ. d. feud. conſolidat. temporar.* §. *I. & II.* Inde Vaſallo aliud ius in re feudali competere nequit, quam dominium quoddam inferius & ab alio dependens, quod ab effectu nimirum vtili rei vindicatione, Dd. paſſim vtile dicitur *vid. d. II. F. 8. §. rei autem;* quum econtrario Seniori a quo Vaſallus feudum recognoſcere atque ob id fidelitatem & ſervitia præſtare tenetur, vera proprietas dominiumque ſuperius & a nullo dependens adſcribatur. *II. F. 23. verb. huius autem.* Quapropter, quum Vaſallus hac ratione, vbi alteri proprietatem ſeu dominium directum concedit, feudum aliter poſſidere non poſſit, quam vt rem pro parte alienam, videtur nec de eo aliter diſponere poſſe, quam alius non Dominus de re aliena, cui hoc non conceditur niſi Domino conſentiente. Interim, quia ipſe feudum non minus iure Dominii adeoque vt rem pro parte propriam poſſidet, maior adhuc poteſtas de eo diſponendi ipſi conceditur, ita vt multa peragere poſſit, quæ alienationem aliquam inuoluunt, etſi talismodi diſpoſitio non vlterius, quam durante Vaſalli ipſiusque deſcendentium iure ſuſtineatur.

bene tamen in præiudicium ſui.

§. IV.

Qua ratione ſervitutem feudo imponit.

Vnde licet pro ſpecie alienationis conſtitutio ſervitutis ſine dubio habenda ſit *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* ipſaque adeo indiſtincte illicita eſſe videatur, propter omnem feudi alienationem generaliter prohibitam *d. II. F. 52. & 55.* nihil tamen impedit, quo minus Vaſallus prædio feudali ſervitutem realem imponere poſſit, quæ feudo ad

Do-

Digitized by Google

Dominum reuerſo vel ad alios, qui iure proprio in illo ſuccedunt, delato expirat, quod ipſum diſerte probat textus *II. F. 8. §. rei autem.* vbi hæc habentur: *nam & ſeruitutem eidem rei* (feudali) *debitam poteſt petere & retinere. Quid ergo ſi pretio vel dolo aut iniuria ſeruitutem rei beneficiariæ imponi patiatur, & ad dominum ex qualibet cauſa poſtea beneficium reuertatur, an ex eo domini præiudicium generetur, quæſitum fuit: & reſponſum eſt, vt Vaſallo quidem, donec feudum tenet, poſſit obeſſe, domino autem, etſi per longa tempora perſeuerauerit, ſeruitus minime noceat. iung. d. II F. 8. §. econtrario.* verb. *vel eorum agnatorum.* Neque eſt quod dicas, textum iſtum §. *rei autem,* per Lotharii & Friderici Conſtitutiones in *II. F. 52 & 55.* correctum atque ſublatum eſſe, quum non ſolum ipſa feudorum diſtractio & omne aliud commercium generaliter prohibitum, verum etiam in Conſtitutione Friderici clarius diſpoſitum ſit, quod ne quidem feudum pro parte alienare liceat, adeoque idem de conſtitutione ſeruitutis accipiendum ſit, quum pro parte alienet, qui alteri in prædio ſeruitutem concedit. Nam ſi ipſum tenorem utriusque Conſtitutionis recte perpendas, videbis, quod non alia prohibitæ alienationis feudorum ſit ratio, ac ne Imperii vel Dominorum vtilitas minuatur, quippe quod facile contingere poteſt, ſi feuda vel in totum vel pro parte in alium transferri poſſint adeoque Vaſalli ſuorum Seniorum ſeruitia ſubterfugere queant. Hic itaque extra omne dubium poſitum eſt, quod dicta ratio in præſenti caſu neutiquam adplicari valeat. Nam licet Vaſallus, ſeruitutem in feudo conſtituendo, illud pro parte alienare videatur: attamen hæc pro parte alienatio nondum illum producit effectum, vt pariter vtile feudi dominium pro parte in accipientem deriuet atque Vaſallus pro ea parte ſeruitia ſubterfugere poſſit.

Removentur dubia.

poſſit. Vnde quum Domino ſic nihil præiudicetur, nec adeo prohibitio in dictis Conſtitutionibus comprehenſa, propter ceſſantem rationem pertinere poteſt ad caſum in text. *II. F. 8.* contentum. Exinde vero, quod Vſufructuarius rei fructuariæ ſeruitutem imponere nequeat *l. 15.* §. 7. *d. Vſufr.* minus ſequitur, quod nec tale quid permiſſum ſit Vaſallo. Et licet ipſe etiam Vſufructuarius dicatur *II. F. 23. in fin.* inter ipſum tamen & Vſufructuarium ciuilem magna eſt differentia, quum illi tanqvam Domino vtili plus liceat, quam huic in re fructuaria *vid. d. II. F. 8. §. rei autem.* vt taceam, inepte ſatis ex Iure Ciuili argumentum peti, vbi caſus in iure feudali deciſus eſt. Non maioris ponderis dubium eſt, quod ex ipſo *II. F.* 8. §. *1.* mouetur, vbi expreſſe dicitur, quod Vaſallus rem feudalem deteriorem facere non poſſit: atqui Vaſallus conditionem feudi efficeret deteriorem, ſeruitutem ei imponendo, quum ſeruitus libertatem prædii imminuat. Verum ex ipſo textu allegato non obſcure probatur, quod ibi in tantum ſaltim conditionem feudi deteriorem reddere prohibeatur Vaſallus, in quantum Domino & agnatis præiudicatur. Quis vero dixerit, Domini vel agnatorum verti præiudicium, vbi ſervitus feudo impoſita non diutius durat, quam durante iure Vaſalli. Interim de eo tandem inter Doctores controuertitur, an etiam illud ius, quod Vaſallus alteri in re feudali concedit, ſervitutis nomen mereatur; quippe quod negant Vulteius, Bitſchius aliique exinde, quod ſeruitus neque ad diem, neque ex die iure conſtitui poſſit. *l. 4. pr. d. ſervitut.* immo quod illa perpetuam cauſam habere debeat *l. 28. d. S. V. P.* Quemadmodum vero illa Iuris Romani ſubtilitas Iuri Germanico incognita eſt, & hodie parum attenditur; ita nec eandem a Feudiſta curatam eſſe intel-

An illa ſeruitus proprie ita dici poſſit?

intelligo; qui potius ius illud a Vaſallo feudo impoſitum, pro vera ſervitute habuiſſe videtur, vbi illud ita bis appellauit, præſertim quum non minus defendi poſſit, etiam non inuito Iure Iuſtinianeo veram ſeruitutem illo intuitu ſubeſſe, qua de re eleganter diſſeruit Dominus *Horn. in Jurisprud. Feud. C. X. §. 3.* quibus adde, quod perpetuitas ac duratio non ipſam ſervitutis naturam intrinſecam adficiat, ſed tantum extrinſece accedat, veluti fit in aliis quoque Iuris in re ſpeciebus *§. 11. I. d. fideic. hered. l. 66. de R. V. l. 5. d. pignor.* Neque obſtat quod Vaſallus plenum feudi dominium non habeat, aſt non niſi plenus Dominus veram ſeruitutem conſtituere poſſit. *arg. l. 15. in fin. de uſufr.* vbi cautum quod proprietarius ne quidem conſentiente vſufructuario rem ſeruitute onerare poſſit. Nam ſicuti mera hæc eſt ſubtilitas, ita nunquam in iure feudali adprobata fuit, nec adprobata præſumi poteſt. Vnde nec illud contendere dubitamus quod ſeruitus a Vaſallo feudo impoſita, non tam a perſona h. e. Vaſallo eiusque heredibus, quam a feudo ipſo debeatur, ut pariter, quamdiu ſcilicet Vaſallus eiusque heredes viuunt, a tertio poſſeſſore ſingulari vindicari poſſit. Equidem non neſcio, illud a multis Dd. ſummo ſtudio negari propterea, quod in Vaſalli poteſtate non ſit feudum obligare *arg. II. F. 55.* Verum quum in præmiſſis iamiam deductum ſit, hanc rationem in præſenti caſu adplicari non poſſe, ſententia Diſſentientium falſa certe nititur hypotheſi, eaque ſatis refellitur per ſæpiſſime allegatum textum *II. F. 8.* vbi feudiſta non de obligatione aliqua perſonali, ſed de ſeruitute tanquam iure ipſi prædio inhærente loquitur, ibi: *ſervitutem rei beneficiariæ imponi paſſus eſt:* nec tamen probari poteſt, ipſum ſeruitutis vocabulo abuſiue vſum fuiſſe; ita ut proprieta-

An ius in re transferat?

ti verbi tamdiu ſtandum ſit, vsque dum appareat, ICtum voluiſſe a propria vocis ſignificatione recedere *l. 69. pr. d. Legat. 3.*

§. V.

An vſusfructus in feudo conſtitui poſſit?

Ea vero, quæ de ſeruitute reali feudo impoſita hucvsque adſtruximus, non omnino ad ſeruitutem perſonalem, quando Vaſallus alteri Vſumfructum in re feudali concedit, adplicari poſſe videntur. Quippe ſeruitutes prædiales fundo feudali ita imponuntur, vt nihilominus Vaſallo ſaluum ſit feudum. Econtrario vſusfructus alteri ita conſtitui non poteſt. Quare quum hic ratio prohibitæ alienationis feudi concurrere videatur, quod nimirum Vaſallus fructibus feudi exutus, ſeruitia commode præſtare non poſſit, hinc alii maximopere vrgent, propter eandem rationem aliud ius adplicari non poſſe, quam quod de feudi alienatione in genere ſtatutum eſt. *II. F. 52. & 55.* præſertim quum vſumfructum dare ſit alienare *l. fin. C. de reb. alien. non alien.* parumque vel nihil interſit inter conſtitutionem vſusfructus in feudo, eiusque pleniſſimam ad tempus alienationem, vbi ipſum feudum dicitur vſusfructus quidam rei immobilis. *II. F. 23. in fin.* Interim hæc omnia non obſtant, quo minus contrariæ ſententiæ ſubſcribamus.

Affirmatur.

Remouentur rationes haud genuinæ.

Non quidem ob illam, quam vulgo adferre ſolent rationem, quando inferunt, quod, quum uſufructuarius non ſolum Vſumfructum alteri locare poſſit *l. 12. §. 2. d. Vſufr. l. 13. C. Eod. add. l. 39. locat.* ſed etiam ius percipiendi fructus vendere *l. 8. §. 2. d. peric. & commod. rei vendit. d. l. 12. §. 2. l. 38. d. Vſufr. §. 1. I. de Vſu & habit.* donare *d. l. 12. §. 2.* & oppignorare *l. 12. §. 3. qui pot. in pign. l. 15. pr. d. pignor. l. 6. C. d. Vſufr.* idem multo magis Vaſallo longe plenius ius habenti permiſſum eſſe debeat. Etenim argumentum ab

Vſu-

Vſufructuario ad Vaſallum nunquam procedit, quoties inter hunc & illum diuerſitas aliqua deprehenditur. Obligatur Vaſallus intuitu feudi & propter fructus, quos exinde conſequitur, ad fidelitatem & ſeruitia Domino praeſtanda, fructuarius vero fructus, quos honeſte percipere poteſt, libere percipit, neque viciſſim pro iſtis proprietario aliquid praeſtare tenetur, vnde proprietarii nihil intereſt, ſiue fructuarius fructus ſibi debitos alii vendat ſive donet. Econtrario Domini feudi multum intereſſe poteſt, ſi ipſi nullis fructibus ex feudo Vaſalli acquiſitis nulla ſeruitia praeſtari poſſint. Deinde nec illa ratio ſententiam noſtram tuebitur, quod ſcilicet Vaſallus aliunde bona habiturus ſit, unde ſeruitia praeſtet, quum alias non liberalis foret in cedendis alii fructibus feudi. Etſi enim Vaſallus eo tempore, quo alteri vſumfructum in feudo conceſſit, adhuc habilis exiſtat ad ſeruitia ex aliis bonis praeſtanda, non tamen omne praeiudicium Domini ceſſat, quod metuendum eſt, ſi Vaſallus impoſterum bonis labatur atque ſeruitia exinde vlterius praeſtari nequeant. Quare vt theſis noſtra a diſſentientium telis penitus inconcuſſa euadat, de eo nobis laborandum eſt, vt demonſtremus, quod Conſtitutiones Lotharii & Friderici *II. F. 52. & 55.* de praeſenti caſu accipi non poſſint, ſed quod ratio diuerſa, quae hic conſpicitur, diuerſam iuris adplicationem deſideret. Scilicet ille qui feudum alienat adeoque omne ius, quod in eo habet, in alterum transfert, illud efficit, vt omnis obligatio omniſque nexus, qui inter ipſum tanquam Vaſallum & Dominum antea intercedebat, iam extinguatur, adeoque ipſe nullo modo poſtea cogi poſſit, ad ſeruitia priſtino domino exhibenda; quippe Vaſallus non aliter quam intuitu rei & propter feudum quod poſſidet, obligatus eſt, vbi

Rationes genuinae adferuntur.

deinde obligatio ad fidelitatem & ſeruitia præſtanda, deficiente feudo vt principali, vel ipſa vt acceſſorium non poteſt non deficere *a. c. 42. d. R. I. in 6to. §. 5. I. d. fideiuſſ.* At enim vero Vaſallus, qui non niſi ius percipiendi fructus alteri in feudo concedit, non deſinit eſſe Vaſallus, neque adeo liberatur a fidelitate qua Domino ſuo deuinctus eſt, quum feudum, etſi non amplius naturaliter, tamen pro iſta parte dominii quam retinet, vlterius ciuiliter poſſideat. Inde quum Dominus ita metuere non poſſit, ne Vaſallus debita ſeruitia ſubterfugiat, ratio prohibitæ alienationis feudi in dictis Conſtitutionibus expreſſa adplicari nequit, ſed ſatius inhæremus regulæ, quod toties libera de feudo diſponendi facultas Vaſallo relicta ſit, quoties nemini exinde præiudicatur. Sed inſtas, quod ſola obligatione Vaſalli ad præſtanda ſeruitia Domino non ſatis cautum ſit, quia hæc inanis reddi poteſt, ſi Vaſallus poſtea non habeat bona, vnde ſervitia præſtet. Reſpondeo, neque ſic præiudicium aliquod Domino imminere, quum eo caſu Vſufructuarius ipſe fructus ſufficientes ſuppeditaturus ſit, quo ſeruitia debito modo præſtentur, ne alias feudum Domino committatur *I. F. 21. II. F. 24. §. 2. verſ. ſed non eſt alia*, atque reſoluto iure Vaſalli, ipſemet iure & commodo fructus percipiendi excidat *a. l. 31. d. pignor.* vt taceam, non inique aſſeri, quod etiam eo caſu, vbi Vaſallus alia bona habet, huic ſemper tantum ex fructibus a fructuario relinquendum ſit, quantum ad præſtanda ſeruitia reqviritur, quum ſeruitia intuitu feudi præſtentur, & vſufructuarius alias onera rei ferre teneatur. *l. 7. §. 2. l. 27. §. 3. d. Vſufr. l. 7. d. publ. & vectigal. l. 2. C. d. Ann. & tribut.* Quam ob cauſam intuitu Domini perinde erit, ſiue Vaſallus de ſuo feudo alium inueſtiat, atque ita prædii feudalis vſumfructum ad Subuaſallum

trans-

Digitized by Google

transferat, ſiue vſumfructum feudi alio quouis titulo alteri concedat. Quamvis enim hoc caſu a nudo vſufructuario non æque ac a ſubuaſallo, ſeruitia exhiberi ſoleant, quæ deinde ipſi feudi Domino præſtentur: ſufficit tamen, quod Dominus nullum damnum ſentiat, ubi ſemper vſufructuarius de ſeruitiis ipſi præſtandis ſollicitus erit.

§. VI.

Attamen neque illud extra omnem controuerſiam poſitum eſt, quod Vaſallo liceat feudum ſibi conceſſum alii rurſus in feudum concedere. Quamuis enim hoc conſuetudinibus feudalibus permiſſum fuiſſe ex multis textibus Iuris feudalis probetur *vid. II. F. 9. pr. II. F. 3. §. 1. II. F. 26. §. beneficium II. F. 34. §. ſimiliter*, tamen non pauci de genuina huius iuris ratione dubitare inceperunt, adeo, vt *Clarus recept. ſentent. §. feudum. quæſt. 32. n. 1.* profeſſus ſit, ſe hactenus non potuiſſe aliquam idoneam rationem apud Dd. reperire cur ſtante generali prohibitione alienationis feudi, ſubinfeudatio permiſſa eſſe debeat: eamque in partem pariter inclinare videtur *Vulteius Lib. 1. c. 10. n. 85.* Itaque alios inter præcipue *Hottomannus Diſp. d. Iur. feud. c. 37.* ſubinfeudationem iure nouo per Conſtitutionem Friderici plane ſublatam eſſe exiſtimat. Nihilominus contrarium vel ipſa Conſtitutio *II. F. 55.* abunde docet, quippe quæ nullibi *inveſtituram* de feudo factam a Vaſallo, ſed *inueſtituræ colorem* venditioni tegendæ adhibitum improbat, ibi: *quaſi ſub colore inueſtituræ quam ſibi licere dicunt, feudum vendunt.* Quinimo in ſubſequentibus *dict. Conſt. §. 2. verb. illud quoque præcipimus.* Imperator diſponit, qua ratione Subuaſallus ſubfeudum, ſi Dominum ſuperiorem offenderit, amittere debeat. Cuiusmodi diſpoſitio profecto inutilis ac ſuper-

An ſubinfeudatio Vaſallo permiſſa ſit, controuertitur?

Defenditur affirmatiua.

Digitized by Google

vacanea fuiſſet, ſi ſubinfeudatio plane prohibita fuerit. Neque enim ſubfeudum, quod plane non ſubſiſtit, alteri certa ſub conditione auferri poteſt. Quare etiam ex text. *II. F. 3.* §. *1.* vlterius illud probatur, ſubinfeudationem poſt nouas Lotharii & Friderici Conſtitutiones admiſſam, neque aliter improbatam eſſe, quam ſi in fraudem dictarum Conſtitutionum fieret, atque feudum penitus in alium transferretur. Neque huius rei deficit ratio, quippe eadem, quam ante attulimus, cur vſusfructus alteri in feudo concedi poſſit, adplieari poteſt, ſcilicet, quod Vaſallus ſubinfeudans fidelitatem Domino ſuo debitam non ſubterfugiat, quandoquidem non deſinit eſſe Vaſallus, aſt inter ipſum & ſubuaſallum noua ſuboritur relatio, ita vt ipſum dominium vtile, quod Vaſallus alteri iure ſubfeudi conceſſit, in duas particulas ſubdiuiſum eſſe videatur, quarum vna iure dominii directi remanet apud ipſum ſubinfeudantem *d. II. F. 55.* §. *5. vbi Vaſallus, qui habet alium vaſallum, vocatur dominus reſpectu Vaſalli ſui*, altera vero tanquam dominium aliquod vtile ſubordinatum ſeu ſubalternum transfertur in ſubinfeudatum. Vnde ſi ſubinfeudatio hoc modo ſine fraude fiat, nec ſub colore inueſtiturae feudum vendatur, nulla vtique ratio ſubeſt, cur eadem Vaſallo non debeat eſſe permiſſa, praeſertim cum illa reſoluto iure Vaſalli ſubinfeudantis, expiret atque feudum ad Dominum reuertatur. Sane adprobat illam *I. F. A. C. XXX.* vbi *Schilter* in eius originem inquirit. Adſtipulatur *I. S. art. 15.* & praxis quotidiana inanem reddit laborem eorum qui ipſius iuſtitiam in dubium vocant. *Conf. Hartm. Piſt. P. II. q. 44. Carpz. P. II. C. 49. d. 14.*

§. VII.

Digitized by Google

§. VII.

Quum vero per allata exempla ſufficienter deductum ſit, quomodo Vaſallus de feudo diſponere poſſit, ita ut iſta diſpoſitio durante iure ipſius ſubſiſtat, ſequeretur, vt iam de ea re ſolliciti eſſemus, cur alia de feudo diſpoſitio Vaſallo penitus ſit ademta: ſed remoratur nos ſingularis caſus, vbi Vaſallus de feudo litigare, de eo tranſigere, idemque quod transactionis nomine pro eo accepit, iure allodii ſibi retinere poteſt per textum notabilem *II. F. 26. cap. ſi Vaſallus*. Quapropter quum feudum vbi hac ratione in alium transfertur, non poſſit non videri alienatum eſſe a Vaſallo, immo hæc alienatio etiam inſcio ac inuito Domino facta ab eo nullo tempore impugnari poſſit, tale quid non niſi contra communem iuris feudalis rationem introductum fuiſſe videtur. Sed ſalua res eſt, ſi præſupponamus, transactionem eo demum caſu procedere, ſi bona fide fiat, ſcilicet, quia Vaſallus ad euitandas varias Proceſſus moleſtias, nec non propter dubium litis euentum cogitur ad feudum transactionis nomine aduerſario relinquendum. Nam quum ſic Vaſallus neceſſitate ductus, propter repræſentatam iuſtam aduerſarii cauſam, feudum non tam alienet, quam reſtituat ei, cui forte lite peracta & ſubſecuta Iudicis ſententia reſtituendum fuiſſet, non ſane, quod de prohibita feudi alienatione in genere ſtatutum eſt, ad hunc caſum adplicari poteſt, quippe textus *II. F. 55.* pertinet tantum ad alienationem voluntariam in extraneum factam, quæ ſemper in præiudicium Domini fieri videtur. Quemadmodum vero illa feudi dimiſſio vel reſtitutio, quæ fit parti aduerſæ a Vaſallo per transactionem, pro talismodi alienatione haberi nequit, ita nec præiudicium per illam Domino infertur, qui ita alium Vaſallum conſequitur, nec debita ſeruitia amittit

Vaſallus de feudo litigioſo tranſigere & quod inde accepit iure allodii retinere poteſt.

Digitized by Google

mittit: etiamſi alter plenam feudi proprietatem vindicauerit pariterque Vaſallus deſuper cum illo tranſigens feudum vt allodium ipſi reliquerit. Namque Vaſallus, quum bene nouerit, ſe non poſſe tranſigendo plus iuris in alterum transferre quam ipſe habet, neque eſſentiam & naturam feudi in præiudicium aliorum deſtruere, idemque aduerſario non incognitum eſſe debere; potuit ipſe ſine fraude, odio & tædio proceſſus, pro redimenda litis vexa feudum aduerſario ſecundum placita ipſius relinquere. Neque enim Domino vel agnatis præiudicare voluiſſe præſumitur, quin potius ea ſemper pro ipſo militat præſumtio, ipſum ne quidem vtile feudi dominium, quod habet citra ſufficientem cauſam tranſigendo in alium translaturum eſſe. Quare nec transactio propterea forte pro illicita haberi poteſt, quod Domino inuito alius Vaſallus obtrudi non debeat, *II. F.* 12. quandoquidem de eo Dominus non magis conqueri poteſt, quam ſi per ſententiam iudicis alium Vaſallum recipere iusſus ſit, quum ſic transactio vicem rei iudicatæ ſubeat *II. F.* 43. aſt nemini per id, quod iure cogente fit, iniuria inferri dicatur. Quæ omnia quo profundius meditor, eo magis miror inanem laborem quo alii variis iisque iniquis interpretationibus & limitationibus ſenſum *d. text. II. F.* 26. *§. ſi Vaſallus* diuerſimode corrumpunt, præſertim, quod ita quidem Vaſallo tranſigere liceat, vt ipſe rem feudalem retineat, aliquo viciſſim dato aut promiſſo, non vero, vt feudum in aduerſarium aliquo accepto transferat. Quæ diſtinctio expreſſis verbis *dict. text.* contrariatur, quippe ibi Vaſallo poteſtas tranſigendi relinquitur ita, vt transactionis nomine aliquid liceat accipere, *ibi: nec quod accepit transactionis nomine feudum erit:* quæ verba dimiſſionem feudi litigioſi neceſſario includunt eiusque retentionem excludunt. Integrum hoc argumentum ſolidiſſime pertractauit ICtus Excellentiſſimus Dn. D. Barthius in pecul. Diſſertat. *de poteſtate Vaſallorum litigandi nec non tranſigendi de feudo*, ad quam B. L. breuitatis ſtudio remitto.

§. IIX.

Digitized by Google

§. IIX.

Sed opus eſt, vt ſine vlteriori mora ad alienationem feudi proprie ſic dictam deueniamus, quae a praedictis alienationis ſpeciebus in tantum recedit, vt illa conſenſu Domini haud munita nullo vnquam tempore ſubſiſtat. Sicuti enim per illam omnem actum intelligimus, quo Vaſallus feudum in alium transferendo a fidelitate & ſeruitiis Domino praeſtandis ſe liberare ſtudet, ita ſemper illa ratio ſubeſt, quod talismodi alienatio, quae fit neglecto Domini conſenſu, non ſine illius fraude futura ſit. Et licet dici velit, quod Dominus non defraudetur, ſi Vaſallus feudum hoc pacto alteri relinquat, vt ille de eo a Domino inueſtiatur, quum ſic Domini nihil intereſſe poſſit, quis ipſi ſeruiat, ſi alter aeque ad militiam idoneus ſit: tamen ſpes feudum recipiendi ita facile Domino auferri, vel ſaltim difficilior reddi poteſt. Quum vero ius Domini, qui feudum Vaſallo pro ſe et heredibus maſculis concedit, in eo quoque conſiſtat, vt feudum extincta Vaſalli linea ad ipſum reuertatur, inde Vaſallo non potuit illud permitti, vt ipſe pro lubitu aliam perſonam ſui aut heredum ſuorum loco Domino inuito ſubſtituere, adeoque Domini ius, feudum ſuo tempore recuperandi, fraudulenta alienatione interuertere poſſet. Quae procul dubio cauſa fuit, vt Feudiſta irrationabilem vocaret iſtam Mediolanenſium conſuetudinem, qui dicebant clientulum etiam alienare poſſe in totum et ſine Domini voluntate *I. F. 13*. Quare licet antiquis temporibus circa alienationem iura inuicem diuerſa obſeruata ſint, vti videre licet ex *d. I. F. 13. I. F. 5. pr. II. F. 9. pr. II. F. 44*. ea tamen poſtea ſunt immutata et omnis alienatio, per quam feudum in alium transfertur, interdicta fuit per Lotharium *II. F. 52*. nec non Fridericum *II. F. 55*. ſub poena nullitatis & amiſſionis feudi totius vel partis

Alienatio feudi voluntaria Vaſallo penitus interdicta eſt.

Sub poena nullitatis & amiſſionis feudi.

 Scili-

Digitized by Google

Scilicet, quia Vaſallus Dominum contemnit, vbi feudum citra ipſius conſenſum alienat, beneficio ſe reddit indignum idque non immerito ad Dominum reuertitur, quo hic iuſtam iniuriae ſibi illatae habeat vltionem, *II. F. 24. in fin.*

§. IX.

Idem de oppignoratione feudi habendum.

Propter regulam, quam ab initio adduximus, mirum non eſt, quod poſt alienationem feudi generaliter prohibitam non minus eiusdem oppignoratio prohibita ſit. *d. II. F. 55.* Nam quia haec effectum alienationis habet, vt Creditor ad diſtractionem pignoris peruenire poſſit, ſi Vaſallus debitor ſolutionem debiti non praeſtet, non potuit Vaſallo per indirectum licere, quod ipſi directo non licebat. Attamen ex eo, quod Vaſallus feudum pignori dare nequit, fragile deſumitur argumentum, quaſi ſubinde conſtitutio vſus fructus in feudo improbata ſit. Etenim per conceſſum ius vtendi fruendi fructuario non etiam acquiritur tale ius in re, quod futuram feudi alienationem infert, qualis effectus alias reſultat ex iure pignoris et hypothecae. Quapropter quum Domino ſic nihil praeiudicetur, quando ipſe priſtinum Vaſallum retinet, nec metuere debet, ne ipſi debita ſeruitia ſubtrahantur, *vid. ſupr.* §. *V.* tantum abeſt vt conſtitutionem vſusfructus in feudo pro illicita habeamus, vt potius ob paritatem rationis eatenus hypothecam etiam absq; Domini conſenſu ſubſiſtere poſſe exiſtimemus, quo creditori fructus feudi obligentur, ipſe durante Vaſalli et ipſius deſcendentium iure in poſſeſſionem feudi mitti atque illud tamdiu retinere poſſit, donec ipſi ex fructibus feudi ſatis factum, *vid. O. P. S. Tit. 46.* §. Wann aber *verſ.* je doch ſoll *iunct. Deciſ. El. nov. 67.* Non enim feudi vtilitatem ſeu facultatem percipiendi fructus creditori ſuo oppignorare probibetur Vaſallus, quin potius de fructibus, quippe

A prohibita oppignoratione non valet argumentum ad prohibitam vſusfructus in feudo conſtitutionem.

Quin potius hypotheca non conſenſuata afficit fructus.

qui

qui iure rerum allodialium cenſentur, *II.F.28.§. his conſequenter II.F.86.* vt ipſi tanquam pleno Domino libera diſponendi facultas competat, neceſſe eſt. Vnde etiam ab alio iudice quam Domino feudi immiſſio in feudum quoad eius fructus fieri poteſt. *vid.O.P.8.Tit.49.in princ.* Indeq. eſt quod ille, cui primo fructus feudi oppignorati ſunt, praeferatur illi, qui etiam Domini conſenſu hypothecam in ipſa feudi ſubſtantia ſed poſteriorem conſequutus eſt. *Brunnem. Conſ.80.n.23.24.* Neque vero propterea effectus hypothecæ in feudo conſtitutae ratione fructuum ceſſabit, quaſi Vaſallus, vbi feudum alteri abſque Domini conſenſu obligauit, eodem a Domino priuari poſſit, atque ſic fructus vna cum feudo ad Dominum perueniant. Negamus enim, quod ob ſolam hypothecæ conſtitutionem Vaſallus feudo priuetur. Contrarium probatur potius exinde, quod poſſeſſionis traditio ad eum effectum inſimul requiratur. *arg. II.F.55.* ibi: *vendunt & in alios transferunt.* Adeoq; ibidem tantummodo oppignorationis mentio facta, neutiqnam vero hypothecæ, quemadmodum & alibi nunquam hypothecæ, bene tamen pignori effectus feloniæ adſcribitur *vid. I.F.5.pr. II.F.8.§.vlt.* Quare nulla ratio prohibet, quo minus poena priuationis, quae maximum odium continet, potius reſtringenda ſit ad caſum feudi pignoris nomine in alium tranſlati. Neque enim per ſolam hypothecae dationem Domini conditio deterior redditur, quin hoc demum ex poſſeſſionis traditione contingit. Itaque quum nec ante de iniuria illata Dominus conqueri poſſit, neque adeo poenae priuationis, quae tantum ad vindicandam Iniuriam tendere debet, *II.F. 24. in fin.* locus eſſe poteſt. Alia quæſtio eſt, an propter hypothecam in feudo abſque Domini conſenſu conſtitutam ipſum feudum affici poſſit, quod iure negauimus, quia tam pignus quam hypotheca illum producit effectum, vt debi-

Ob ſolam hypothecae conſtitutionem Vaſallus feudo non priuatur.

tore in mora exiſtente ad alienationem perueniri poſſit. Exinde vero non ſequitur, quod, quum hypotheca ita ſub pignore prohibito comprehendatur, tam propter hypothecam quam oppignorationem feudi eadem poena obtinere debeat. Nam quia quoad hanc quaeſtionem ea, quam adduximus, diuerſitas pignus & hypothecam intercedit, neque contra regulas interpretationis comprehenſiuae peccatur, neque rationi iuris contrarium eſt, potius aequitas exigit, vt Vaſallum ob ſolam feudi hypothecam alteri conceſſam a poena feudi amittendi abſoluamus.

§. X.

Quicquid ſit, tam hypotheca quam oppignoratio feudi non aliter prohibita eſt, quam ſi absque permiſſione illius Domini fiat, ad quem feudum ſpectare dignoſcitur *II. F. 55.* Nam ſi Domini conſenſus accedit, feudum valide obligatur propter impedimentum hac ratione ſublatum, vbi Dominus fauori ac iuri pro ſe introducto renunciauit. Vnde conſenſus ille pro forma eſſentiali oppignorationis habetur, vt eo demum deficiente totus actus corruat: eumque in finem vocat illum *Carpzov. in Tr. d. Oner. feudal. Vaſall. Decad. 2. poſ. 4. n. 12.* pignoris feudalis humidum radicale.

Ad ſubſiſtentiam hypothecae feudalis ſufficit conſenſus Domini.

Neque diſtinguere licebit, an oppignoratio pro neceſſitatibus ex feudi cauſa ortis facta ſit. Etſi enim talismodi debita ab omnibus poſſeſſoribus feudi, neque minus a Domino, feudo ad ipſum reuerſo, ſoluenda ſint: non tamen ſequitur, quod propterea feudum absque conſenſu Domini oppignorari poſſit. Nam quia ex iuſta oppignoratione tale praeiudicium emergit, vt ad diſtractionem rei oppignoratae, ſi debitum non ſoluatur, perueniri poſſit, aſt propter illa feudi onera, pro quibus feudum legitime oppignoratum non fuit, executio non mox in feudi ſubſtantiam, ſed tantum in fructus feudi fieri debet, non parum Domini

Qui omitti nequit in oppignoratione pro oneribus feudi facta.

inter-

Digitized by Google

intereſt, ne feudum ita absque ipſius conſenſu pignori ſupponi poſſit. Sic etiam onera feudalia de iure communi per ſe non cauſantur tacitam hypothecam in feudo, quia hoc multo minus tacite obligari poteſt, quo minus expreſſe ſine Domini conſenſu obligatur. Vnde commune axioma feudale eſt, tacitae hypothecæ in feudis non eſſe locum. Nam tacita hypotheca ſemper iuris diſpoſitionem pro fundamento habet, qualis in iure feudali nullibi deprehenditur. Cauſantur tamen eiusmodi onera ius feudi ſingulare ſeu feudatarium, quo feudi ſucceſſores occaſione feudi obligantur, ita vt actio in factum ſubſidiaria (quae tum regulariter conceditur, quando iura ſuadent dari actionem, nec tamen aliquam ſpecialem concedunt. *l. 21 d. praeſcript. verb.*) inſtar ad in rem ſcriptæ contra quemque feudi poſſeſſorem detur. Videtur quidem a Dd. ſtatui, moribus eo deuentum eſſe, vt, quodcunque debitum pro onere feudali reputatur, illius nomine tacita hypotheca competat. *Dn. Stryk de obligat. feud. conſenſ. munit. c. 1. n. 39.* Sed neſcio an hoc principium aſſumendum ferendumq. ſit. Saltim Iure Saxonico non niſi de iis caſibus, quibus tacita hypotheca expreſſe admiſſa reperitur, illud accipi poteſt. *vid. Conſt. El. XXV. P. II. O. P. S. Tit. 45.* §. Es iſt aber ꝛc. Quia vero nobis de eo pignore loquendum, quod a Vaſallo in feudo conſtituitur, pariter nullum dubium eſt, quod illud Iure Saxon. non minus ac iure communi ex conſenſu Domini ſubſtantiam ſuam capiat, quippe hoc nullibi Iure Saxon. mutatum reperitur, quin potius ius commune expreſſe adprobatum fuit per *O. P. S. Tit. 26.* §. Wenn aber einer ꝛc. *verſ.* und allermeiſt ꝛc. *vid. infr.* §. Attamen quum ſæpius agnati & ſimultanee inueſtiti adſint, quibus ſpes in feudo ſuccedendi competit, vel ob eorum iura non videtur hypotheca feudalis ſubſiſtere poſſe, niſi quoque ipſorum conſenſus ad eandem adhibitus ſit. Quod quatenus verum

Onera feudi non cauſantur tacitam hypothecam.

An & quatenus Iure Saxonico?

Etiam Iure Saxonico pertinet ad ſubſtantiam hypothecae feudalis expreſſae conſenſus domini.

Digitized by Google

Tranſitus ad thema.

vel falſum ſit, vt eruamus, Inſtituti noſtri ratio principaliter exigit, idque eo commodius fiet, ſi generalem conceptum de iure tam agnatorum quam ſimultanee inveſtitorum in feudo præmittamus.

§. XI.

Agnati.

Intelligimus vero per agnatos perſonas ſexus maſculini, quæ Vaſallo defuncto, de cujus ſucceſſione quæritur, per lineam maſculinam a latere iunctæ ſunt, atque cum ipſo a primo feudi adquiſitore deſcendunt. Vnde quum primus feudi acquirens non ſolum ſibi, verum etiam omnibus ex ſanguine ſuo per lineam maſculinam propagatis, ex conceſſione & prouidentia Iuris feudalis, feudum acquirat, ea agnatorum eſt ratio, vt ipſis hoc modo per contractum feudalem inter ipſum primum acquirentem & Dominum initum, ius ſuo tempore in feudo ſuccedendi acquiratur, quod ipſis deinde nullius, nequidem Domini facto auferri poteſt. Nam licet non omni tempore hucius ſucceſſionis in feudis ſervatum ſit, quum potius feuda ab initio precaria et ad arbitrium Domini revocabilia, deinde annalia & poſtea ſaltim ad vitam Vaſalli, vſusfructus inſtar, conceſſa fuerint: pedetentim tamen eo deuentum eſt, vt ſucceſſio in feudis obtineret, ab initio ad filios tantum reſtricta; deinceps per Conradum adnepotes & defuncti fratres, ſi ſcilicet paternum fuerit feudum, producta, porro in collateralibus ad patrueles, & ultra hos inſequenti tempore vſque ad quartum gradum, in deſcendentibus vero in infinitum extenſa; donec tandem etiam in collateralibus maſculis ex primo acquirente per lineam maſculinam deſcendentibus ius ſuccedendi in infinitum porrectum fuit *I. F. I. §. 1. 2. 4. II. F. 31. & 50.* Adeoq. quum iam ea feudi natura ſit, vt illud ad omnes ex primo acquirente deſcendentos maſculos

Jus in feudo ſuccedendi a primo acquirente quæſitum habent.

trans-

Google

transferatur, etiamſi Vaſallus feudum ſimpliciter adquiſiuerit, ſemper tamen heredibus ſeu poſteris ex ſe deſcendentibus proſpexiſſe cenſetur. *II. F. 23. in fin. II. F. 18. in fin: II. F. 31. in fin*: quum alias quoque non ſolum nobis, verum etiam heredibus noſtris contrahere ſoleamus. Quemadmodum itaque agnati propter ius ſuccedendi in feudo ex pacto primi acquirentis & prouidentia iuris feudalis quaeſitum, non beneficio Vaſalli vltimo defuncti, ſed iure proprio ipſi primo acquiſitori ſuccedunt: ita facile patet, quod in eorum praeiudicium, nulla de feudo diſpoſitio, etſi Domini conſenſus interuenerit, ſubſiſtere poſſit, quum nemini ius quæſitum auferri queat. Inde enim eſt, quod agnati repudiata hereditate defuncti Vaſalli vnice in feudo ſuccedere poſſint, adeoque, quum illius heredes non exiſtant, neque facta ipſius praeſtare teneantur, ſed feudum ab omnibus oneribus, quae forte facto vnius ex deſcendentibus primi acquirentis illi acceſſere, liberum recipiant; quum econtrario filii Vaſalli vltimo defuncti facta patris ſui, vel alterius ex anteceſſoribus, a quibus deſcendunt, nulla ratione inpugnare valeant, quia non poſſunt non heredes ſui patris exiſtere, ſimulac in feudo ſuccedunt. Neque vero, ad exemplum agnatorum in feudo tantum ſuccedere poſſunt, ſed aut vtrumque tam feudum quam allodium retinere, aut vtrumque repudiare coguntur per textum notabilem *II. F. 45. Conſt. El. 47. P. II. Edict. Torgav. d. An. 1583. Tit.* **Welcher Geſtalt die Agnaten ꝛc. §. ſetzen, ordnen ꝛc.**

Vnde huic ſoli ſuccedere poſſunt.

Neque factum Vaſalli praedeceſſoris ipſis praeiudicare debet.

§. XII.

Non eadem agnatorum in Saxonia vt & aliis Germaniae prouinciis habetur ratio, quum tam iure Alemannico, quam Saxonico, nulla agnatorum qua talium ſucceſſio in feudo admiſſa ſit, ſed feudum ad ſolos deſcendentes legiti-

Iure Saxon: agnatis qua talibus nullum ius in feudo competit.

ma-

ma ſucceſſione deferatur. *I. F. A. C. XLIII. it. C. LXV. §. I I. F. Sax. C. XXI. V. VI. XXXII.* Attamen idem ius quo gaudent agnati ſecundum conſuetudines Longobardicas exercent ſimultanee inueſtiti in multis Regni Germanici prouinciis. *Schilter ad I. F. A. C. XLIII. §. 2. C. LXV. §. 2. & Tract. d. ſimult. inueſt. C. II.* potiſſimum vero in Saxonia, vbi ius ſimultaneæ inueſtiturae maxime frequentatur & praeter alia loca fundatum reperitur in *d. C. XXXII. I. F. S. Edict. Torgau: d. l.* §. Dieweil in ſolchen Zweiffel ꝛc. verſ. zu dem vermöge ꝛc. vi cuius ſimultanee inueſtiti in feudo perinde ſuccedunt ac iure Longobardico agnati iure ſanguinis a primo acquirente in ſe deriuati. *via. Conſt. El. XLVII. P. II. d. Edict. Torgav. Tit.* Welcher Geſtalt die Agnaten ꝛc §. ſetzen ordnen ꝛc. Quin imo, quum illi proprio facto feudum ſibi ipſi quodammodo adquirant & de eodem vna cum Vaſallo ſolemni ritu inueſtiantur, nanciſcuntur ius reale in feudo per *Edict. Torgav. d. l. verb.* ein beſtändig Recht am Lehn ꝛc. quod certa ratione fortius eſt illo, quod agnatis de Iure Longobardico per primum adquirentem tribuitur, ſicuti hoc conuenientibus locis demonſtrandum erit.

Bene tamen ſimultanee inueſtitis.

Qui ius reale & proprio facto quæſitum habent.

§. XIII.

Quamuis itaque tam agnatis de Iure communi, quam ſimultanee inueſtitis potiſſimum de Jure Saxonico tale ius in feudo competat, quod non patitur, vt feudum in eorum præiudicium alteri iure pignoris obligetur, in tantum, vt neque Domini conſenſus iuri ipſis quæſito derogare poſſit; propterea tamen non ſequitur, quod etiam oppignoratio feudi propter conſenſum eorum neglectum vitio nullitatis laboret atque nullum producere poſſit effectum. Scilicet præſuppono, quo ipſo actus alicuius ſubſtantia a lege dependet, quod eo ipſo requiſita ad illam promouendam introducta

Iuri agnatorum & ſimultanee inveſtitorum nullo facto præiudicari poteſt.

Cur oppignoratio feudi abſque eorum conſenſu ſubſiſtat.

Digitized by Google

ducta neceſſario obſeruanda ſunt, iisque obſeruatis actus ipſo iure valet, alia vero quæ non ſunt expreſſa, non pertinent ad formam, neque adeo ſi neglecta ſint, actum reddunt inualidum, quum potius forma det eſſe rei. Iam vero pro forma ſubſtantiali pignoris & hypothecæ feudalis reputatur conſenſus domini directi, qui ſi deſit, tam oppignoratio quam hypotheca ipſo iure nulla eſt & feudum illo caſu reuertitur ad Dominum *II.F.55.* neque tamen quod idem obtinere debeat, ſi conſenſus agnatorum omiſſus ſit, vllibi in iure feudali ſtatutum reperitur. Inde fieri non poteſt, vt contra leg's aſſiſtentiam eorum conſenſum tanta neceſſitate, quanta conſenſum Domini, adhibendum eſſe adſtruamus, quin potius ita inferimus, quod ſolus agnatorum diſſenſus ſubſiſtentiæ hypothecæ feudalis conſenſu Domini corroboratæ eo minus detrahat, quo minus roboris ex ſolo eorum conſenſu eidem accedit, vbi ſcilicet Domini conſenſus non etiam adhibitus fuit. Ita enim Doctores communiter aſſerunt, quod tali in caſu agnatus, qui ſolus in obligationem feudi conſenſit, ne quidem ex proprio conſenſu teneatur, ad æs alienum Vaſalli agnoſcendum, ſi poſtea feudum ad ipſum per ſucceſſionem peruenerit. Eumque in finem vrgent, quod nulla actio competat, quæ contra agnatum conſentientem inſtitui poſſit; non realis, quum propter defectum conſenſus Dominici ipſum feudum non obligetur, adeoque deficiente iure hypothecæ, vel actio hypothecaria deficiat; neque perſonalis, quia agnatus conſentiendo in oppignorationem, ſemet ipſum non obligat. Etſi vero non negem, quod actio perſonalis ita locum inuenire non poſſit, nondum tamen video, cur non actio realis propter ius reale in fructibus feudi adquiſitum obtinere debeat. Quemadmodum enim ad fructus feudi obligandos conſenſus Domini non requiritur, quippe qui pleno iure ad

Solus agnatorum diſſenſus hypothecam non reddit inualidam, neque ſolus eorum conſenſus aliquid roboris illi addit.

Niſi quod feudi fructus in conſentientium præiudicium aſficiantur.

Digitized by Google

Vaſallum pertinent, ita, quum eorum oppignoratio per ſe ſubſiſtat, conſenſus agnatorum ad hoc prodeſt, quo creditor etiam aduerſus ipſos actionem hypothecariam ad eum effectum intentare poſſit, vt in feudum immittatur, ipſique ex fructibus feudi ſatisfiat. Et licet non expreſſe de fructibus, ſed de ipſo feudo oppignorando actum ſit: tamen tacite etiam de fructibus actum fuit, quandoquidem re oppignorata, etiam fructus rei oppignorati intelliguntur *l. 3. C. in quib. cauſ. pign. tac.* neque vtile per inutile vitiari debet, quoties vnum ab altero ſeparari poteſt *a. l. 1. §. pen. d. V. O. c. vtile d. R. I. in 6to.* Idque in foro Saxonico minus dubii habere videtur per *O. P. S. Tit. 46. §.* **Wann aber ꝛc. jedoch ſoll der, welcher ohne** Conſens **Verpfändung erlanget, aus den Früchten deſſelben Guts vor andern gemeinen Gläubigern ſeine Bezahlung haben.** *Add. Deciſ. El nov. LXVII. Conſt. El. XLVI. P. II. vid. infr. §. 19.*

§. XIV.

Ratio, cur ob conſenſum agnatorum ſubſtantia feudi adfici non poſſit?

Cur vero conſenſus agnatorum non æque ad ſubſtantiam feudi adficiendam a conſuetudinibus feudalibus pro ſufficienti habitus ſit, ratio manifeſta eſt, quia ſemper idem Domini præiudicium metuitur, ſiue Vaſallus ſolus, ſiue etiam accedente agnatorum conſenſu feudum obliget. Aſt iuri conſentaneum eſt, ne agnati, dum per conſenſum ſibi præiudicant, etiam fauori pro Domino introducto renunciare poſſint *a. l. 29. C. d. pact.*

Cur Domini conſenſus ſufficiat?

Propterea tamen nec deficit ratio, cur tantum conſenſus Domini ad ſubſiſtentiam hypothecæ feudalis requiſitus, neque vero idem de agnatis ſtatutum ſit. *II. F. 55.* Nam quia Domino proprietas feudi competit, præcauendum erat, ne ipſi inuito alius Vaſallus obtrudi atque conditio ipſius deterior reddi poſſet *II. F. 12.* Non eadem ratio militat pro agnatis. Quamdiu enim ipſis nulla ſucceſſio in feudo delata fuit, tamdiu nihil eorum in-

tereſt

Digitized by Google

tereſt, ſiue hic, ſiue alius feudum poſſideat adeoque propter ceſſans intereſſe nullum ius contradicendi habent, vbi oppignoratio a Vaſallo conſenſu Domini facta non vlterius, quam in præiudicium Vaſalli & ipſius heredum ſubſiſtit. Nam quando dicimus, quod obligatio feudi absque conſenſu agnatorum ſubſiſtat, ſubintelligenda eſt clauſula *ſaluo iure quæſito*, quippe cui Dominus non magis conſenſu ſuo derogare valet, quam agnati in Domini præiudicium obligationem feudi ſuo conſenſu firmare poſſunt. Atque hoc intuitu eadem regula, quam paulo ante contra agnatos adduximus, etiam contra Dominum valebit, ſcilicet, quod nemo fauori alterius renunciare poſſit *arg. d. l. 29. C. d. pact.* Sed etſi concedendum ſit, quod agnatis nihil præiudicetur per oppignorationem feudi, quæ non diutius quam durante Vaſalli oppignorantis ipſiusque heredum iure ualet, tamen illud dubium ſupereſt, quod talismodi oppignoratio facile in præiudicium agnatorum valitura ſit, ſi feudum poſtea in alium bonæ fidei poſſeſſorem translatum & ab eo per tempus legitimum vt feudum nouum poſſeſſum fuit. Adeoque propter iuſtum metum, ne aliquando per incidentem præſcriptionem agnatis inuitis ius quæſitum eripiatur, eorum conſenſus non omittendus eſſe videtur. Verumtamen quum agnatis ante delatam in feudo ſucceſſionem nullum ius nullaque actio ad feudum conſequendum competat, nihil quoque aduerſus ipſos præſcribi poteſt, quum contra non valentem agere nulla currat præſcriptio *l. 1. §. 2. C. de annal. except.* Vnde ipſis ſaluum manet ius feudum reuocandi poſt ſucceſſionem delatam, etſi alius interea illud vltra centum annos bona fide & iuſto titulo, immo nequidem vt feudum ſed tanquam allodium poſſederit. Et ſiquidem poſtea, quam actio feudi reuocatoria enata fuit, agnati in ea inſtituenda per 30. annos ceſſauerint, ita quidem ius ſuccedendi etiam ad-

Hypotheca feudalis ſubſiſtit ſolius Domini conſenſu firmata ſaluo iure agnatorum.

Quibus præiudicari nequit etſi feudum ab alio ante delatam ad eos ſucceſſionem per longiſſimum tempus poſſeſſum ſit.

aduerſus ipſos præſcriptum fuit, ſed damnum illud propria culpa ſentiunt adeoque illud ſentire non intelliguntur. *l.203. d.R.I.* Quae quum ita ſint, non dubitandum, quod conſenſus Domini ad ſubſiſtentiam & validitatem contractus & hypothecæ quidem pertineat, conſenſus agnatorum vero non niſi ad renunciationem iuris quod in feudo habent.

§. XV.

Explicatur text. II. F. 39.

Iam facile reſponderi poterit ad textum, qui noſtræ aſſertioni grauiſſime obſtare videbatur *II. F. 39. pr.* vbi hæc habentur: ***alienatio feudi paterni non valet etiam Domini voluntate niſi conſentientibus, ad quos beneficium quandoque ſit reuerſurum.*** Scilicet diſtinguo inter τὸ non valere ſecundum quid, & inter τὸ omnino non valere. Non quidem alienatio & quæ huic æquiparatur oppignoratio valet ſecundum quid, hoc eſt in præiudicium agnatorum, ad quos feudum aliquando reuerſurum eſt, ſicubi eorum conſenſus non fuit adhibitus, propterea vero non ſequitur, quod ne quidem in præiudicium Vaſalli & Domini conſentientis valeat: nam quod ita valere poſſit, ſuadet textus *II. F. 55.* Quinimo verba, ***ad quos beneficium quandoque ſit reuerſurum***, rationem inuoluunt, cur alienatio absque eorum conſenſu valere non poſſit, ne ſcilicet ipſi inuiti commodum ſuccedendi amittant. Quemadmodum vero alienatio feudi ipſo iure commode ſubſiſtere poteſt, nec tamen illis, qui ſpem ſuccedendi habent præiudicatur, ubi feudum non obſtante alienatione vel oppignoratione ad eos poſt ſucceſſionem delatam reuertitur: ita quum hoc caſu ratio vel in ipſo textu comprehenſa ceſſet, non poterit aſſeri, quod ibi omnis feudi paterni alienatio, quæ fit absque conſenſu agnatorum, generaliter atque in totum pro inualida declaretur. Potius indubium manet, quod conſenſus agnatorum ad obligationem feudi non vlterius requiratur quam ad pleniſſimam creditoris ſecuritatem, quo ſcilicet hic etiam aduerſus ipſos

ius

ius pignoris perſequi poſſit. Atque eatenus non tantum eorum, qui proxime ſucceſſuri ſunt, ſed & omnium, qui a primo feudi acquiſitore deſcendunt, & aliquando in feudo ſuccedere poſſunt, conſenſus neceſſarius eſt. Nam quod omnes tangit ab omnibus probari debet. *l. vlt. C. d. aut. praſt.* Alioquin ſi proximiores tantum conſenſerunt, illi quidem ſibi & ſuis heredibus praeiudicarunt in tantum, vt feudo ad ipſos deuoluto hypothecam ratam habere cogantur, aſt ſi feudum poſtea ad remotiores peruenit, hypotheca ſine eorum conſenſu conſtituta ipſis praeiudicare nequit.

Creditori non ſatis cautum eſt, niſi omnium agnatorum conſenſus ad hypothecam adhibitus ſit.

§. XVI.

Sicuti ergo de eo nihil in iure feudali ſtatutum reperitur, quod ad hypothecae feudalis ſubſiſtentiam conſenſus agnatorvm pertineat: Ita potius contrarium euincitur ex textu *II. F. 26. §. Titius verſ. quod ſi II. F. 9. §. 1. verſ. in prohibendo verb. redimendo* & aliis textibus, quibus reuocatio feudi alienati viuente Vaſallo absque refuſione pretii non conceditur. Scilicet in *d. II. F. 26. §. Titius* duo iſta remedia fundata videntur, quae agnatis ad feudum reuocandum competunt, alterum ex iure protimiſeos vel retractus, alterum ex iure delatae ſucceſſionis deſcendens. Quod ſi ex iure delatae ſucceſſionis feudum alienatum reuocari velit, facile patet, quod agnatis ſucceſſio in feudo expectanda ſit: atque tum recuperare poſſunt illud nullo pretio reddito. Econtrario vi iuris protimiſeos vel retractus proximior agnatus feudum ſtatim prae alio emtore conſequi, vel ab eo intra annum a tempore ſcientiae computandum recipere poteſt, ſed non aliter, quam oblato vel reddito eodem pretio, quod extraneus emtor ſoluit, vel ſoluere paratus eſt. Quemadmodum vero hoc ius amittit, qui in alienationem feudi conſentit, ita non immerito dubitatur, an non etiam propter conſenſum in oppignorationem praeſtitum agnatus iure ſuo excidat, ita vt,

Agnati feudum citra eorum conſenſum alienatum vel reuocant iure protimiſeos, vel iure delatae ſucceſſionis.

feudo poſtmodum perfecte alienato, ab exercitio illius excludatur. Non diſſimulo, quod is, qui vult antecedens etiam conſequens velle cenſeatur, adeoque qui in oppignorationem conſenſit, ſimul conſenſiſſe intelligatur in pignoris diſtractionem, quia hunc effectum potiſſimum hypotheca legitime conſtituta habet *t. t. ff. & C. d. diſtr. pignor.* Verumtamen exinde nihil aliud ſequitur, quam quod agnati impedire non poſſint, quo minus feudum debito non ſoluto diſtrahatur, minime vero ſequitur, quod iuri protimiſeos vel retractus inſimul renunciauerint. Etenim omnis conſenſus qui renunciationem iuris quæſiti inuoluit, ſtricti iuris eſt & vltra id de quo actum fuit non extendendus. Vnde quum agnati conſentiendo in hypothecam feudi illud tantum egiſſe videantur, quo creditori ſatis cautum ſit, videntur quidem conceſſiſſe facultatem feudum ſuo tempore vendendi, minime tamen hoc pacto, ne etiam ipſi iure protimiſeos vti poſſint. Nam quum ſic idem pretium offerant, quod alius extraneus emtor ſoluere paratus eſt, creditor ſatisfactionem ſuam conſequitur, adeoque conſenſus agnatorum pleniſſimum effectum, cuius nomine interpoſitus eſſe cenſetur, produxit, indeque non etiam illum, ne iuri protimiſeos locus ſit, producere poteſt, quippe de quo tempore conſenſus interpoſiti minime cogitatum fuit.

Ius protimiſeos non amittitur per conſenſum in oppignorationem.

§. XVII.

Quia vero agnati ius protimiſeos vel retractus tum exercent, quando eorum conſenſus ad alienationem non acceſſit, neceſſario ſequitur, eorum conſenſum non pertinere ad ſubſtantiam alienationis, quum eo ipſo alienationem inuiti ratam habere cogantur, quo feudum viuo alienatore non aliter quam refuſo pretio recipere poſſunt. Etenim ius protimeſeos vel retractus præſupponit negotium per ſe & ſua natura validum. Qua ratione iſtius iuris exerci-

Quia agnati iure protimiſeos, opus habent, concluditur, quod conſenſus eorum ad ſubſtentiam alienationis non pertineat.

Digitized by Google

exercitium Domino in iure feudali non aſſeritur, quam ubi caſus ſupponitur, quo feudum nonnullarum curiarum conſuetudine absque Domini conſenſu vel pro parte vel in totum alienari poterat. *II. F. 9. §. 1.* Poſtquam vero per Conſtitutionem Friderici *II. F. 55.* conſenſus Domini ad formam & ſubſtantiam alienationis requiſitus eſt, alienatio absque ipſius conſenſu peracta ipſo iure nulla eſt adeoque Dominus non amplius neceſſe habet, vt ſibi iure protimiſeos conſulat. Neque eſt, quod dicas propter ipſum ius protimiſeos quod agnatis competit, ipſorum conſenſum ad formam pertinere, quum alienatio propter illud impediri vel prohiberi dicatur *II. F. 9. §. 1.* Non enim ipſa alienatio, ſed ne feudum in extraneum emtorem transferri poſſit, prohibetur. Indeq. licet feudum agnatis ne quidem ad emendum oblatum ſit, nihilominus venditio quæ facta fuit extraneo, per ſe ſubſiſtit, eaque demum adhuc intra annum reſcinditur iure retractus. Quoties vero actus reſcindendus eſt, toties præſupponi debet, ipſum iam ſubſtitiſſe. Neque enim quod plane non valet, reſciſſione opus habet. Adeoque etiam alienatio quæ intuitu extranei emtoris intra tempus præfinitum retracta non fuit, poſt illud elapſum vlterius atque tamdiu ſubſiſtit, donec feudum ab agnatis iure ſucceſſionis reuocatur. Quod ipſum non poteſt non ſemper in oppignoratione obſeruari, quippe in qua non etiam locus eſt iuri protimiſeos vel retractus, ad quam tamen ab alienatione eatenus validiſſime argumentamur, quatenus in illa perinde atque in hac conſenſus agnatorum negligi poteſt.

Et multo minus ad ſubſiſtentiam oppignorationis.

§. XIIX.

Cur absq. conſenſu ſimultanee inueſtitorum Iure Saxon. hypotheca feudalis ſubſiſtat?

Conſenſus ſimultanee inueſtitorum de Iure Saxonico non maiori neceſſitate requiritur ad ſubſiſtentiam hypothecæ feudalis, quam iure communi conſenſus agnatorum. Quippe nullibi hac in parte iura Saxonica a iure communi receſſiſſe adparet, Et ſiquidem quis vniuerſos mores Saxoni-

xonicos in iure feudali ſcripto comprehenſos perluſtrauerit, ne verbulum reperiet, vnde elici queat, quod absque conſenſu ſimultanee inueſtitorum pignus feudale exiſtere non poſſit. Vnde etiam hoc loco vulgatum illud rite adplicandum erit, nil temere in Feudalibus ſine iuris feudalis auctoritate aſſerendum eſſe. Nam licet diſſentientes forte hoc ipſo dicterio contra nos inſurgere ſe poſſe autument, nobis onus probandi impoſituri, quod ſcilicet hypotheca feudalis absque conſenſu ſimultanee inueſtitorum ſubſiſtat: tamen nos nihil aſſerimus, ſed negamus, quod ad formam ac ſubſtantiam pignoris feudalis conſenſus ſimultanee inueſtitorum pertineat. Quemadmodum vero cuiusuis actus forma a legis diſpoſitione dependet: ita textu indubitato Iuris Saxonici probandum eſt, hanc formam oppignorationi feudi præſcriptam eſſe. Quo non probato negatiua noſtra inconcuſſa euadit, neque ratione ac fundamento diſtituitur, quum nobis generalis regula iuris ſuccurrat, illum qui plenum rerum ſuarum dominium habet, tamdiu valide agere, quamdiu neque natura neque lex liberam de rebus diſponendi facultatem ipſi ademit, neque alias alicui tertio exinde præiudicatur, cui præiudicari non debebat. Nam ſiquidem vtriusque tam Domini quam Vaſalli conſenſus ad obligationem feudi acceſſit, quo ipſo Dominus & Vaſallus ſe hac ratione coniungunt, locum vnius pleni Domini quaſi intrant, eamque ob cauſam poteſtas feudum oppignorandi ipſis non eſt deneganda, niſi forte vterque vel alteruter propter ætatem aliamue ab cauſam negotium valide peragere non poſſit. Neque vero ſimultanee inueſtitis ante delatam in feudo ſucceſſionem præiudicatur, vnde, quo minus pignus feudale ſolius Domini & Vaſalli conſenſu legitime contractum tamdiu ſubſiſtat, quamdiu ſimultanee inueſtiti in feudo nondum ſuccedere poſſunt, nulla iuris vel communis vel Saxonici ratio prohibet.

§. XIX.

Digitized by Google

§. XIX.

Quid Iure Electorali verum?

Nihilominus de Iure Saxonico Electorali quondam non leuis hac de re controuerſia ventilata fuit, ubi alii eo- vsque progredi audebant, vt parum iuris ac virium conſenſui ac voluntati Domini in conſtituendo pignore feudali tribuerent, ſed illud tantummodo conſenſu ſimultanee inueſtitorum legitime contractum exiſtimarent, quantumuis conſenſus Domini penitus non acceſſerit. Quem in finem in ſubſidium vocabant *Conſt. El. XLVI. P. II. ibi*: **wenn aber mit ihrer** (ſc. ſimultanee inueſtitorum) **Bewilligung ſolche Schuld gemacht und auf die Lehn verſchrieben / ſo ſollen ſolche Schulden durch die Lehns-Folger aus dem Lehn vergnüget und die Land-Erben damit verſchonet werden.** Ex quo enim conſenſus ſimultanee inueſtirorum ſolummodo ad oppignorationem feudi requiritur, nulla conſenſus Dominici mentione facta, concludebant, hoc ipſo non obſcure conſenſum Domini excluſum videri, præſertim quum alias nihil noui ea Conſtitutione diſpoſitum ſit, poſtquam etiam de iure communi conſenſu Domini & agnatorum feudum ita obligatur, vt omnibus feudi poſſeſſoribus onus exſolutionis incumbat. Quemadmodum vero omnem dubitationem ſuſtulit *O. P. S. Tit. 46.* §. **Wenn aber ꝛc.** verſ. **und allermeiſt wenn Lehn-Güter verpfändet / ſollen dieſelben anderer geſtalt nicht / dann mit Gunſt oder Bewilligung des Lehns-Herrn hypotheciret werden / und ſonſten die Verpfändung nicht ſtatt haben:** ita etiam ex dict. Conſt. XLVI. euinci nequit, eam Sereniſſimi legislatoris intentionem fuiſſe, vt formam legitimæ oppignorationis & requiſita ad illius ſubſiſtentiam neceſſaria definiret, quin potius ipſum Sereniſſimum legislatorem in recenſendis debitis ac oneribus feudalibus, quæ ſcilicet ſimultanee inueſtitis, feudo ad ipſos

Explicatur Conſtit. El. 46. P. 2.

deuoluto, exſoluenda immineant, occupatum fuiſſe, totus contextus dictæ Conſtitutionis atque eiusdem rubrica abunde docet. Qua de re potius exinde, quod nulla conſenſus Dominici mentio ibidem iniecta ſit, illud firmiter colligitur, quod ſolus ſimultanee inueſtitorum conſenſus pro ſufficienti habitus ſit adhoc, vt ad debitum conſenſu ſuo munitum exſoluendum obligentur. *vid. Dec. El. nou. LXVII.* Non quidem propterea, ac ſi ipſa feudi ſubſtantia ita affici potuerit, ſed quod fructus feudi hac ratione adfecti ſint, qualis effectus alias oppignorationi feudi absque Domini conſenſu factæ tribuitur. *O. P. S. Tit. 46.* §. **Wenn aber ꝛc.** *verſ.* **Doch ſoll ꝛc.** vt adeo idem effectus non poſſit non etiam contra ſimultanee inueſtitos ſeſe exſerere, propter conſenſum, quo ipſi oppignorationem pariter quoad fructus confirmarunt. Vnde quum ex *allegat. Conſt. XLVI.* probari non poſſit, quod ibi de eiusmodi oneribus ſermo ſit, pro quibus ipſa feudi ſubſtantia obligata eſſe debeat, non opus eſt, vt cum Domino Carpzouio aſſeramus, conſenſum Domini ibidem non excluſum, ſed tacite incluſum fuiſſe, quippe hoc intuitu debitum, pro quo ſaltim fructus feudi conſenſu ſimultanee inueſtitorum obligati ſunt, onus feudale erit, etiamſi Domini conſenſus non acceſſerit, vt tamen Domino illud non præiudicet. Neque vero ex verbis *dict. Conſt.* auf die Lehn verſchrieben / elici poterit, præſupponi ibidem debitum, pro quo ipſum feudum legitime oppignoratum eſt, quum Sereniſſimus Legislator illud vnice agat, vt demonſtret, quænam ſint debita feudalia a ſimultanee inueſtitis exſoluenda. Quemadmodum vero etiam illud debitum onus feudale eſſe probauimus, pro quo feudum quidem a Vaſallo hypothecæ ſuppoſitum, ſed propter omiſſum Domini conſenſum non niſi fructus obli-

Digitized by Google

gati ſunt, ita non video cur verba allegata non æque de hoc caſu accipienda ſint, quum debitum etiam propter fructus feudi adſectos dicendum ſit auf die Lehn verſchrieben: nam ſufficit, quod feudum vna cum fructibus, & hi cum onere ſuo ad ſimultanee inueſtitos transeant. Quominus itaque in *dict. Conſt. El.* de ipſius feudi obligatione agitur, eo minus exinde probari poterit, quod de Iure Electorali conſenſus ſimultanee inueſtitorum exiſtentiam hypothecæ feudalis efficiat. Quin potius quod ſolius Domini conſenſus ſufficiat, non minus exinde probatur, quia ſimultanee inueſtitis reuocatio feudi alienati viuente Vaſallo non conceditur, niſi refuſo pretio. *Conſt. El. XLIIX. P. II.* perinde atque hoc quoad agnatos de iure communi ſupra obſeruauimus. Imo hac argumentandi ratione ne quidem opus eſt, vbi in *O. P. S. Tit. 40.* §. es ſollen aber ꝛc. expreſſe diſponitur: es ſollen aber auch ſolche Hülffen / ſo in die Lehn-Güter geſchehen / ſie werden gleich allein auf die Früchte / oder das Eigenthum zugleich gerichtet / den Mitbelehnten / welche in die Verpfändung nicht gewilliget / wann hernach das Lehn an ſie verfället wird / zu Nachtheil nicht gereichen / ſondern allein kräfftig und beſtändig ſeyn / ſo lange der Schuldener und deſſen Söhne am Leben / und biß er von denen Mitbelehnten gebührlich hinterzogen und reuociret wird.

§. XX.

Hypotheca ſolius Domini conſenſu munita verum ius reale in feudo operatur.

Quod ſi itaque verum eſt, ſicuti eſt, quod ſolius Domini conſenſu tam iure Longobardico quam Saxonico feudum legitime oppignoretur, dubium videri nequit, quod verum ius reale creditori hoc pacto in feudo acquiratur. Neque vero de eo propterea dubitare licebit, quaſi natura iuris realis in eo conſiſtat, vt ex eo contra quoscunque pos-

poſſeſſores agi poſſit. Nam licet talismodi hypotheca eo tempore, quo agnati vel ſimultanee inueſtiti poſſeſſionem feudi iure ſucceſſionis & quidem proprio nacti ſunt, quodammodo expirare videatur: tamen interea, quamdiu vaſalli oppignorantis ipſiusque deſcendentium ius durat, pleniſſimo gaudere poteſt & debet effectu, ita vt exinde pariter omnes feudi poſſeſſores, etiam ipſi agnati & ſimultanee inueſtiti conueniri poſſint, ſicubi feudum nondum iure ſucceſſionis ſed alio titulo ſingulari v.g. emtionis conſequuti ſunt. Exinde vero nihil decedit naturæ iuris realis, qvando illud non omni tempore effectus ſuos exſerit, veluti in caſu propoſito, vbi feudum iure ſucceſſionis ad agnatos vel ſimultanee inueſtitos deuolutum eſt, quippe tale quid, quum ſaltim extrinſece accedat, intrinſecam iuris realis naturam non alterat. Ita enim bonæ fidei poſſeſſor creditori ſuo ius in re bona fide poſſeſſa concedit propter fictum dominium ſibi competens *l. 18. d. pignor. l. 14. qui potior. in pignor.* indeque creditori actio hypothecaria conceditur contra tertium poſſeſſorem, qui cauſam a debitore habet. Quod ſi vero tertius ille bona fide & iuſto titulo rem non a debitore, ſed ab alio accepit, vel verus Dominus adeſt, tunc creditor iure in re ſibi conſtituto non amplius vtitur *a. l. 9. §. 4. l. pen. & fin. d. publ. in rem act. iunct. d. l. 18. d. pignor.* ſed actio hypothecaria ita propter motam Dominii quæſtionem deficit. Interim tamen quum hoc ita extrinſece accedat non dici poteſt, quod nullum ius in re a bonæ fidei poſſeſſore oppignorata creditori competierit. Quam ob cauſam multo minus naturam genuinæ in feudo hypothecæ alterabit, quod creditori non ſatis per eam cautum ſit, quum debitum poſtea ex feudo ad agnatos vel ſimultanee inueſtitos reuerſo non amplius peti poſſit. Nam licet finis le-

Etſi illud contra agnatos nullos effectus producat.

Neque creditori ob id ſatis cautum ſit.

legitimæ hypothecæ pleniſſima creditoris ſecuritas eſſe debeat: nondum tamen ſequitur, ſi hic finis ex accidenti obtineri nequit, hypothecam plane non ſubſtitiſſe. Etenim quod hæc conſequentia maximopere claudicet, vnica inſtantia probat, vbi etiam creditor, qui hypotheca in bonis allodialibus debitoris ſibi proſpectum voluit, non ſemper tutus erit, ne ipſi antiquior creditor iure prioritatis præferatur, quum facile contingere poſſit, vt creditor, qui poſteriorem hypothecam habet, omnibus bonis a creditoribus anterioribus exhauſtis ſolutionem ſuam non recipiat, adeoque ipſius ius hac ratione inutile reddatur. Sed quis inde concludet, per hypothecam ſecundi creditoris bona debitoris non fuiſſe adfecta? Sicuti igitur ad hoc conſenſus anterioris creditoris non eſt neceſſarius: ita non maiori neceſſitate conſenſus agnatorum & ſimultanee inueſtitorum reqviritur ad hoc, vt creditor in feudo ſibi obligato ius reale conſequatur.

§. XXI.

Præſuppoſito, quod feudum valide pignori obligatum ſit, etſi conſenſus Domini ſolus acceſſit, non poſſunt non legitimæ oppignorationis ſequi effectus. Vnde mox ipſa feudi poſſesſio in creditorem transfertur, absque metu feloniæ, quia ſic Dominus de nullo contemtu conqueri valet, vbi Vaſallus debitam reuerentiam ipſi exhibuit, conſenſu ipſius impetrato. Et licet conſenſus Domini potius in hypothecam directus fuiſſe videatur, hic vero ſtricti iuris neque vltra intentionem conſentientis extendendus ſit: attamen quum ex obligatione feudi & contractu de hypotheca feudali inito hic effectus neceſſario oriatur, vt creditor debitore in mora exiſtente in feudum immitti posſit, quo ipſo non potuit non in hunc euentum conſenſus di-

Effectus hypothecæ ſolius Domini conſenſu munitæ.

Poſſeſſio feudi in creditorem transfertur ſine metu feloniæ.

rectus eſſe, hoc ipſo Dominus non diſſenſiſſe cenſendus eſt, ne poſſeſſio in creditorem mox transferretur. Sicuti enim iſtum caſum ſuppono, quo Cred.tor interea, quamdiu terminus ſolutionis nondum elapſus eſt, poſſeſſionem feudi non aliter conſequi valet, quam vt ipſe loco Vaſalli fructus percipiat: ita multo minus præſumtio aliqua ſubeſt,

In hypothecam conſentiens pariter in pignus conſenſiſſe intelligitur.

Dominum, vbi in hypothecam ſaltim expreſſe conſenſit, pignoris dationem interea tacite excludere voluiſſe, qvum ſic ipſi non maius præiudicium exinde inferatur, quam aliquando ex ſola hypothecæ conſtitutione metuendum eſt, præſertim quum alias quoque Vaſallus alicui feudum vtendum fruendum Domino inuito concedere poſſit. vid. ſupr. §. V. Vt taceam ex ſtylo linguæ germanicæ vix ac ne vix qvidem elici poſſe, Dominum de hypotheca tantum loquutum eſſe, quum formula, conſentiren demnach in die Verpfändung/ tam hypothecæ quam pignoris dationi communis ſit.

Quæ præſumtio ceſſat, ſi Dominus expreſſe aliud voluerit.

Qvod ſi vero Dominus expreſſe atque non aliter, quam ſub illa conditione in hypothecam conſenſit, ne feudi poſſeſſio ante terminum ſolutionis elapſum in creditorem transferretur, conditio ſpecifice adimplenda eſt, alioquin conſenſus pro interpoſito non habetur, neque creditori feudum valide obligatur, qnin potius Vaſallus, vbi hac ratione contra Domini voluntatem feudum pignori dat, feloniam committit, niſi forte de eo proteſtetur, ſe feudum non vt pignus, ſed tantum ius percipiendi fructus in alterum transferre.

§. XXII.

Creditor poſſidet feudum tamdiu donec ipſi ratione

Cæteroquin creditor, qui feudum vt pignus legitime poſſidet, illud tamdiu retinere poteſt, donec ipſi ratione crediti ſit ſatisfactum. Sed quid, ſi creditor ſa-

tisfa-

Digitized by Google

tisfactionem ſuam impetrauit, an pariter ob aliud debitum chirographarium ius retentionis in feudo excercere poteſt? Conſtat ex *l. vnic. C. etiam ob chrograph. pec.* quod creditor ſoluto credito, in cuius ſecuritatem pignus datum erat, per exceptionem doli mali debitori oppoſitam, rem oppignoratam tamdiu retinere poſſit, donec ipſi etiam de chirographario credito ſit ſatisfactum. Nam quum ſatius eſſe ducatur, vt per viam defenſionis exerceatur iuris perſecutio, quam vt per modum actionis *l. 12. d. dol. mal. & met. except. l. 2. §. 5. Eod.* hinc Imperator beneficio citatæ legis conſultum voluit creditoribus, vt faciliorem invenirent viam debitorum ſolutionem obtinendi, ſi quidem præſtat rei incumbere, quam in perſonam agere. *l. 25. d. R. I.* Dubium non eſt, quod creditor etiam ob chirographarium debitum beneficio dictæ legis vti poſſit in pignore feudali. Nam licet ad tale debitum conſenſus Domini non extendendus ſit: tamen non ſequitur, quia ius pignoris ob id exerceri nequit, ergo nec ius retentionis. Etenim hoc in bonis feudalibus eo magis obtinere poteſt & debet, quo magis creditor ob ſimplex debitum immisſionem in feudum quoad fructus eius impetrare poteſt. Vnde pariter hoc caſu dictæ legis ratio pro creditore militabit, vbi ſcilicet æquitas naturalis, immo publica ſalus exigit, vt ſuum quisque ſaluum habeat absque magna litigiorum mora atque moleſtia *arg. l. 3. C. de fruct. & lit. expenſ.* atque inſuper debitoris præſumtus dolus, dum id quod debet ſoluere detrectat, eo facilius coerceatur. Sicuti vero executio in fructus feudi ob ſimplex debitum fieri nequit, vbi feudum non amplius ad Vaſallum ſed agnatos vel Dominum pertinet, ita etiam hoc ius retentionis non niſi contra Vaſallum debitorem exerceri

crediti ſatisfactum.

Idemque retinet ob debitum chirographarium.

aſt non diutius quam durante iure Vaſalli.

Digitized by Google

ceri poteſt. Ad dict. leg. vnic. abſolutiſſime commentatus eſt Magnificus Dominus Ordinarius Mencken in *Differt. d. retentione pignoris ob aliud debitum.* vbi de caſu a nobis adducto ex inſtituto agit in cap. 4. th. 4. ſeq.

§. XXIII.

Feudum per contractum antichreticum in creditorem recte transfertur.

Interim eo caſu, quo feudum ſtatim in creditorem vt pignus transfertur, ſæpius interuenit contractus antichreticus. Proinde quæ iure ciuili de hoc contractu diſpoſita ſunt, hoc loco adplicanda erunt. Scilicet antichreſis contrahi dicitur, quando res oppignorata alteri ea lege traditur, vt loco vſurarum fructus ex ea percipiat. Mirandum non eſt, quod ex diſpoſitione Iuris Canonici talismodi contractus tanquam vſurarius reprobatus ſit. Nam quum Ius Canonicum in prohibendis vſuris valde religioſum immo ſuperſtitioſum ſit: non potuit non ex tali prohibitione damnari antichreſis *c. 1. 2. 8. d. Vſur. c. 6. d. pignor.* quum vſura ſit, quicquid ſupra ſortem datur & non modo, ſi annuatim aliquid ſoluitur, ſed & ſi quid ex fructibus capitur, committi intelligitur *Panormit. in cap. 1. n. 2. X. d. Vſur.*

A Iure Canonico prohibetur antichreſis.

Niſi Domino feudum hoc intuitu a Vaſallo relinquatur.

Illud forte magis mirandum, quod non obſtante tanto vſurarum odio, Vaſallus Domino feudum oppignorare poſſit, ita vt Dominus fructus percipiat, neque iſti in ſortem imputentur *c. 1. X. d. feud. d. c. 8. in fin. X. d. Vſur.* Sed vel ipſa ratio, cur hoc ita ſingulariter introductum ſit, non obſcure in *d. c. 1. X. de feud.* indicatur, quia ſcilicet Vaſallus ita a ſeruitiis immunis fit, vt adeo fructus ad Dominum non tam loco vſurarum quam ratione ceſſantium ſeruitiorum pertineaant. Quin & talismodi oppignoratio Domino facta pro ſpecie quadam refutationis temporariæ habenda videtur, ita vt Dominus quaſi iure conſolidationis & pleni Dominii

fructus

Digitized by Google

fructus percipiat, perinde ac ſi Vaſallus Domino vtile dominium ſuum ad tempus ſub pacto retrouenditionis vendiderit. Quemadmodum vero Ius Ciuile de illo vſurarum odio nihil nouit, quin potius vſuras legitimam quantitatem non excedentes adprobat *l. 26. §. 1. C. d. Vſur.* neque minus Antichreſin *l. 11. §. 1. d. pignor. l. 33. d. pignorat. act. l. 4. 14. 7. C. d. Vſur. l. 6. C. quod cum eo qui in alien.* ita etiam in Imperio noſtro prædicta Iuris Ciuilis diſpoſitio expreſſe adprobata & quicquid ex vſurarum odio obiicitur e medio ſublatum eſt, nec amplius antichreſi obſtat, poſtquam nec diuino nec humano gentium iuri vſuras contrariari per rectiorem ratiocinationem conſtitit. *vid. Rec. Imp. d. an. 1500. 1539. 1548. 1577. ſub tit.* **von wucherl.** *Contract*en. *Rec. Wormat. d. an. 1586.* Quoad Electorat. Saxon. *vid. Conſt. Maurit. El. d. anno 1550. Tit.* **von den Wuchern** *Conſt. Aug. d. ann. 1555. Tit.* **von Wucher.** *Ordin. Torgau. d. an. 1585. Tit.* **von wucherl.** *Contract*en. Quamuis itaque dubitandum non ſit, quod Vaſallus licentia oppignorandi a Domino impetrata feudum cum pacto antichretico in creditorem transferre poſſit: quum tamen maiores quincuncibus vſuræ non admittantur *d. Receſſ. Imp. Wormat. d. anno 1586. Edict. Torgau. d. an. 1585.* adeoque omne negotium, quo ipſo via panditur ad grauiores vſuras conſequendas, non poſſit non illicitum eſſe, maximum dubium occurrit, an fructus, qui quotannis ex feudo percipiuntur modum legitimarum vſurarum excedentes, quoad exceſſum in ſortem imputandi veniant, an vero lucro creditoris cedant? Deciſio huius quæſtionis aliam ſupponit, an ſcilicet creditor ad rationes reddendas teneatur? quod negandum cum *Mevio in Diſcuſſ. levam. inop. debitor. c. 4. n. 23.* quippe talismodi antichreſis nihil aliud eſt, quam

Tam Iure Ciuili quam Germanico antichreſis adprobatur.

An fructus qui legitimas vſuras ſuperant, in ſortem imputentur?

F quæ-

dam locatio fundi, ita vt vſuræ alias præſtandæ cum locario compenſentur. Proinde non obſtat *l. 3. C. d. pignorat. act.* vbi aſſeritur, quod creditor compelli poſſit ad rationes reddendas de fructibus perceptis & percipiendis; adeoque fructus rei pignoratæ tantum ad modum legitimarum vſurarum indulgeantur propter *l. 8. in quib. cauſ. pign. tac. contr.* Etenim hæ leges reſtringendæ ſunt ad antichreſin tacitam, vbi alteri quidem pignus traditum ſed non ea lege, vt fructus loco vſurarum percipi debeant, vnde hoc caſu debitor potius ad hunc finem perceptionem fructuum creditori conceſſiſſe præſumitur, quo ipſe ſatisfactionem ſuam exinde percipiat. Nam quia ſic nullum periculum fructuum ſuſtinere debet creditor *l. 6. & 9. C. de pignorat. act.* illud quod quotannis accepit, perinde habendum eſt, ac ſi in parata pecunia a debitore acceperit. Vnde ſi annui reditus legitimum vſurarum modum excedunt, non poteſt non exceſſus in ſortem imputari, quia ſic exceſſus iſte pro parte debiti ſoluta habendus eſt, vt adeo hac ratione facile fieri poſſit, quo totum debitum breui tempore abſorbeatur. Qua de re vt conſtare poſſet, onus reddendarum rationum creditori hoc caſu a Legibus impoſitum fuit.

Affirmatur de antichreſi tacita.

Longe aliter ſe res habet in antichreſi expreſſa, de qua nos loquimur, vbi creditor fructus quotannis non tam vt creditor, quam vt conductor percipit. Sicuti vero conductor non tenetur locatori ad rationes reddendas; ſed ad penſionem ſoluendam, ita nec creditor antichreticus, ſed hic penſionem ſoluit, compenſando cum vſuris ſibi debitis. Et licet hæc penſio minor ſit fructibus, qui ex feudo redigi poſſunt, tamen etiam maior eſſe poteſt, quando parum vel nihil fructuum creditor percipit, quum omne periculum fructuum ad ipſum pertineat *a. l. fin. §. 3. C. d. furt.*

Negatur de antichreſi expreſſa.

Digitized by Google

furt. d. l. 6. & 9. C. d. pignorat. act. vt adeo hac in re deterioris adhuc conditionis ſit, quam alius conductor, qui propter caſum fortuitum quem perpeſſus fuit, remiſſionem penſionis impetrare poteſt. *l. 15.* §. *2. l. 25.* §. *6. ff. l. 8. C. locat. Lauterb. Diſſ. d. Iur. Antichreſ. th. 53. Meu. d. l. n. 40. & P. 6. Dec. 268.* Itaque incertitudo euentus efficit aliquem læſum putari, qui & non lædi potuit; indeque remouet ſuſpicionem ac crimen vſurariæ prauitatis. Quinimo, quum nemo prohibeatur prædium ſuum minori mercede locare, quam fructus inde percipi poſſunt, ita etiam nihil obſtat, quo minus prædium pro vſuris creditori locetur, vt plus inde capiat, quam quidem ordinaria vſurarum quantitas admittit *l. 14. C. d. Vſur.* Proinde quando Dd. hoc ita limitatum volunt, niſi fructus ſint certi & exceſſus vſurarum immodicus iuxta *l. 17. C. d. Vſur.* hoc accipit de tali exceſſu, qui vltra dimidium lædit, *Meu. Part. 3. Dec. 318.* quippe ob quam læſionem etiam alia locatio reſcinditur beneficio *l. 2. C. de reſcindend. vendit. arg. pr. I. de locat. cond. l. 2. pr. Eod. iunct. l. 10. 11. 12. d. LL. Lauterb. in Syn. Tit. d. reſcind. vendit. ibiq. Stryck. verb. locatori & conductori.*

§. XXIV.

Quod ſi pignus a debitore nondum ſit traditum, tunc hypotheca feudalis ſolius Domini conſenſu corroborata illum producit effectum, vt creditor poſtea, quam debitor in mora ſoluendi extitit, actione hypothecaria inſtituta poſſeſſionem feudi obligati nanciſci poſſit. *l. 16.* §. *3. d. pignor. & hypothec.* vt tamen hoc caſu ſecundum ea, quæ mox ante adduximus, propter naturam nudi pignoris officio boni patris familias defungi, de fructibus perceptis & percipiendis rationes reddere, & ſiquidem appareat ipſi tam ratione ſortis quam vſurarum ex fructibus ſatisfactum eſſe,

Creditor vtitur actione hypothecaria ad conſequendam feudi obligati poſſeſſionem.

 ſe,

Vbi ipſe ſeruitia Domino præſtat.

ſe, feudum poſtea Vaſallo reſtituere cogatur. Quo caſu etiam illud ipſi obſeruandum eſt, vt ſeruitia debita, ſiquidem Vaſallus nolit vel non poſſit eadem ex aliis bonis præſtare, tanquam onera fructuum Domino præſtet, quamuis quæ ita præſtitit, non ipſi ſed Vaſallo debitori in rationum redditione imputentur.

Feudo ob denegata ſeruitia Domino commiſſo creditor iure ſuo non defraudatur.

Quod ſi vero ſeruitia debito modo non ſint exhibita, priuatur quidem Vaſallus feudo *l. F. 21. II. F. 24. §. 2. verſ. ſed non eſt alia.* atque hoc ad Dominum reuertitur, attamen non puto, quod creditor hac ratione effectu iuris in feudo ſibi competentis inſimul defraudetur, quaſi ius dantis reſolutum ſit. Nam licet hoc ita ſe habeat, ſi creditor ſaltim ob ſimplex debitum executionem in fructus feudi impetrauit: aliter tamen ſeſe res habet in præſenti caſu, quando pro debito feudum legitime oppignoratum fuit. Diuerſitas inter hunc caſum & illum in eo conſiſtit, quod debitum ſimplex propter executionem in fructus feudi impetratam ipſum feudum non adficiat, adeoq; creditor ex fructibus nihil prætendere poſſit, niſi quatenus illi ad Vaſallum ſpectant.

Quod ſecus ſi ob debitum ſimplex executio in fructus feudi impetrata fuit.

Quare ſi feudum ob feloniam a Vaſallo commiſſum ad Dominum reuerſum ſit, inſimul fructus tanquam acceſſorium cum ſuo principali ad Dominum reuertuntur, proinde Dominus, qui ita feudum iure proprio & ſingulari recipit, permittere non debet, vt creditor ſatisfactionem ſuam vlterius ex fructibus contra ipſum prætendere poſſit, cui factum Vaſalli nihil præiudicare poteſt. Vnde hic contra creditorem illa regula obtinebit, quod reſoluto iure dantis reſoluatur ius accipientis *arg. l. 31. d. pignor.* Econtrario quando ipſa feudi ſubſtantia propter conſenſum Domini adhibitum adfecta fuit, tunc alia iuris regula locum habet, quod quælibet res cum ſuo onere tranſeat *l. 23. de nou. oper. nunc.* Idem ius quod creditor

ditori in feudo competit aduerſus Vaſallum, competit ipſi aduerſus Dominum. Adeoque factum Vaſalli creditori hoc caſu præiudicare nequit, neque forte factum proprium, quod ipſe ſeruitia non præſtitit, quum in fidem a Domino non receptus, nullam aduerſus ipſum tanquam perſonam extraneam feloniam committere poſſit.

§. XXV.

Rarius creditores in ſola in feudum immisſione acquieſcere ſolent, propter onus reddendarum rationum, quod quilibet facile detrectare ſtudet; quo circa alius atque potisſimus hypothecæ legitimæ effectus exſurgit, dum nimirum ad diſtractionem feudi prouocatur *t. t. ff. & C. d. diſtr. pignor. O. P. S. Tit. 40. §.* Wann aber ꝛc. *verb.* ſo wird ihm auch zu endlicher Vollſtreckung des albereit erlangten Pfand-Rechts/ die Hülffe nicht allein zu denen Früchten/ ſondern auch zu dem Eigenthum/ krafft ſeines hiebevor erlangten Rechtens/ jedoch gebührlicher Weiſe und ſo hoch ſeine Forderung ſich erſtrecket/ billig mitgetheilet. Sicuti vero feudum non aliter diſtrahi poteſt, quam ſaluo iure domini directi, hoc eſt, vt feudum in nouum emtorem non vt allodium ſed vt feudum transferatur, ita Dominus directus prohibere nequit, ne executio in bona feudalia & ipſa feudi ſubhaſtatio a Iudice ordinario ſuſcipiatur: quum tota cauſa, quæ non eſt feudalis, ſed ad forum ordinarium ſpectat, coram ipſo ventilanda ſit *conf. O. P. S. Tit. 40.* Immo conſenſus Domini ad diſtractionem ne quidem requirendus videtur *arg. l. 7. §. 1. d. reb. eor. quæ ſub tut.* attamen tutius agit, qui illum non omittit. Non quidem ob illam rationem, quaſi conſenſus Domini ſtricte accipiendus, neque ab oppignoratione ad alienationem extendendus ſit. Etenim quia ille qui in antecedens conſenſit, inſimul in conſequentia

Vi hypothecæ legitimæ pervenire poteſt ad diſtractionem feudi.

Aſt ſaluo iure domini directi.

Suſcipitur ſubhaſtatio a Iudice ordinario.

an & quatenus conſenſus Domini ad eandem accedere debeat ?

quentia neceſſaria conſenſiſſe intelligitur, conſenſus ad oppignorationem adhibitus mox quoque in ipſam alienationem tacite directus fuit, adeoque quando poſtea ad alienationem de nouo non impetratur, non demum extenditur, quum ab initio iam iam adfuerit. Quia vero Dominus in oppignorationem conſentiendo, non etiam in alienationem certæ perſonæ faciendam conſenſit, propterea ne ipſi inuito Vaſallus minus acceptabilis obtrudatur, conſenſus ipſius adhibendus eſt. Attamen ob id non etiam in Domini arbitrio conſiſtit, an in alienationem conſentire velit, an non, ſed conſentire tenetur, ſi iuſtam nouum Vaſallum recuſandi cauſam non habet. Adeoque conſenſus Domini hic non tam ratione ipſius alienationis, quam perſonæ noui Vaſalli requiritur, ne feudum in eum alienetur, quem Dominus non vult, nec de iure pro Vaſallo agnoſcere tenetur.

§. XXVI.

Effectus hypothecæ legitimæ exſerunt ſeſe aduerſus omnes feudi poſſeſſores.

Prædicti legitimæ oppignorationis feudi effectus exſerunt ſeſe non ſolum aduerſus Vaſallum debitorem, ſed etiam, ſecundum naturam actionum realium, aduerſus omnes feudi poſſeſſores, quam diu illud ad agnatos vel ſimultanee inueſtitos non pertinet. Vnde non melioris conditionis eſt ille, cui Dominus per expectatiuam ius ſuccedendi in feudo promiſit, ſub conditione, ſi ad ipſum redierit. Nam ſi caſus aperturæ exiſtat atque expectiuarius feudum ad Dominum reuerſum vi exſpectatiuæ conſequatur, hoc non poteſt non ad ipſum tranſire cum ſuo onere. Et licet Dominus expectatiuam ipſi conceſſerit ante oppignorationem a Vaſallo factam: nihil tamen impedit, quo minus feudum in ipſius præiudicium hoc modo onerari poſſit, ita vt ad omnia teneatur, ad quæ Dominus

neque minus contra expectatiuarium.

Digitized by Google

minus, ſi feudum apud ipſum remanſiſſet, tenebatur. Vnde etiam feudum a poſſeſſore rite alienatum ab expectatiuario nunquam reuocabitur, ſed expectantia ipſius per hunc euentum penitus expirauit, quia conditio, quæ, ſi feudum alienatum non fuiſſet, exiſtere poterat, per alienationem factam interuerſa eſt, id quod Iure Saxonico diſerte diſpoſitum reperitur. Lehn R. *c. 55. & 57.* Nam quia exſpectatiua non niſi ius ad rem tribuit adeoque ſaltim actionem perſonalem contra Dominum ad feudum, poſtquam conditio extitit, tradendum operatur *I. F. 9. I. F. 5. II. F. 26. §.* Domino per eandem manus non ſunt ligatæ, ne alienationem feudi permittere, vel alteri ius reale in feudo concedere poſſit, ſed ipſe expectiuario, quando promiſſioni a ſe factæ non ſatisfacit, non vlterius quam ad Intereſſe refundendum obligatur. Quam ob cauſam ſi feudum ante Domini conſenſu oppignoratum, poſtea ad expectatiuatum peruenit, creditor aduerſus hunc valide agere poteſt ad hoc, vt ſibi fundum feudalem cedat. A qua cedendi neceſſitate ille non liberabitur, niſi debitum creditori ſoluat. *l. 16. §. 3. d. pignor. & hypothec.*

§. XXVII.

Quando Dominus ipſe feudum conſenſu ſuo alteri obligatum & ad ſe reuerſum poſſidet, vt cum ipſo perinde atque cum alio poſſeſſore vi hypothecæ agi poſſit, neceſſe eſt. Nam licet Domino alias tale ius in feudo competat, quare feudi conditio in ipſius præiudicium deterior reddi nequit: omnino tamen deterior reddi poteſt, ſicubi ipſe iuri pro ſe introducto renunciauit. *II. F. 8. §. econtrario.* Id quod non poteſt non factum videri vbi conſenſum in hypothecam præſtitit, quia ille remiſſionem iuris competen- **Etiam contra Dominum.**

peten-

petentis neceſſario inuoluit. *arg. l. 1. 2. 3. C. d. remiſſ. pignor.* Quo ipſo enim Dominus conſenſu ſuo hypothecam feudi ſtabiliuit, eo ipſo illud effecit, vt feudum cum hoc onere ad quemuis poſſeſſorem tranſiret, quod poſtea multo minus improbare poteſt, vbi feudum ad ipſum, quippe huius rei autorem, peruenit. Maius dubium occurrit, quando Dominus in hypothecam conſenſit *ſalue iure ſuo.* Vti enim per hanc clauſulam, de iure ſuo conſeruando Dominus proteſtatur, ita illa conſenſus interpretatio, quod Dominus ius ſuum remiſerit, quaſi huic proteſtationi contraria non admitti poſſe videtur. Veruntamen quum omnis rei natura tamdiu ſalua & integra præſumenda ſit, quamdiu contrarium liquido probari nequit, non poteſt non idem accipi de conſenſu Domini in hypothecam feudi. Nam ſicuti mox ante monuimus, natura huius conſenſus illud inuoluit, quod Dominus conſentiens non ſolum iuri ſuo, quo actum hypothecæ quouis modo impedire poterat, renunciaſſe, ſed etiam ipſi negotio validiſſimum robur addidiſſe cenſeatur, vnde illi hic effectus in dubio ſemper adſcribendus eſt. Aſt contrarium non euincitur ex dicta clauſula, quippe quam ita interpretari debemus, quod Dominus dominium directum aliaque, quæ iſta pignoris conceſſione non continentur, quæque in genere quis veroſimiliter concedere non ſolet, vtpote ſeruitia, Regalia cet. illæſa conſeruare voluerit. A qua interpretatione propterea non recedendum erit, quaſi Dominus Creditori ius hypothecæ non vlterius, quam viuo Vaſallo eiusque deſcendentibus conceſſerit. Nam quum illa conceſſio naturæ & indoli conſenſus repugnet, non poteſt fieri per clauſulam ambiguam, ſed ſi Dominus tale quid intendiſſet, clarius loqui potuiſſet, quod quum ab ipſo non

etſi conſenſerit ſaluo iure ſuo.

Digitized by Google

non factum ſit, haud immerito contra ipſum fit interpretatio *l. 39. d. pact.*

§. XXIIX.

Quia vero Dominus in hypothecam feudi conſentiendo, eandem pariter contra ſe ipſum ſtabiliuit, non etiam ſequitur, quod ille ipſum debitum in ſe receperit, ſeque principalem debitorem conſtituerit. Nam ſi hoc verum eſſet, poſſet ipſe non ſolum actione hypothecaria, ſed vel maxime etiam actione perſonali ad ipſum debitum præſtandum conueniri, quod dici nequit. Etenim Dominus vbi conſentit, non etiam cum creditore contrahit, vel ipſi exſolutionem debiti promittit; proinde, quum ſe ipſum non obligauerit, neque actio perſonalis, quæ a parte alterius obligationem præſupponit, contra ipſum dabitur. Vnde manifeſtum errorem errant, qui aſſerunt, ipſum Dominum ad exſolutionem debiti obſtringi. Immo obſtringitur quidem ad hoc, ſed non aliter, quam per indirectum, quando ſcilicet ipſe actione hypothecaria conventus creditori feudum cedere detrectat, quum ſic non aliter a traditione feudi liberetur, quam ſi debitum, pro quo feudum obligatum eſt, ſoluat. Eſt hic effectus actionis hypothecariæ, quippe qui pariter ſeſe aduerſus alium poſſeſſorem ſingularem exſerit. Nam in huius arbitrio ſemper poſitum eſt, an ipſe debitum ſoluere & rem retinere, an magis ſolutionem declinare & rem derelinquere velit. *l. 16. §. 3. d. pignor.* Sed quis inde concludet ipſum tertium poſſeſſorem etiam perſonaliter obligatum eſſe. Vnde nec Judex aliter eum condemnare poteſt, quam ad rem hypothecæ nexui ſubiectam tradendam, quum actio hypothecaria ſit actio mere realis *l. 17. de pignor.* quæ non niſi ad auocandam poſſeſſionem tendit

Dominus non obſtringitur ad exſolutionem debiti conſenſuati.

niſi per indirectum ſecundum naturam actionis hypothecariæ.

Digitized by Google

l. 66. d. Euict. Quare tantum abeſt, vt contra Dominum actionem perſonalem ad debitum ſoluendum locum habere dicamus, vt ne quidem alternatiue vel ad debitum ſoluendum vel poſſeſsionem feudi tradendam ipſum conueniri poſſe exiſtimemus, quum talismodi alternatiua petitio coniunctionem actionis perſonalis cum reali inferre videatur, qualis coniunctio neque hoc caſu locum inuenire poteſt, quippe creditori aliud fundamentum agendi aduerſus Dominum non competit, niſi qua poſſeſſorem, adeoque tantum actio realis. Neque vero illa inſtantia aliquid operabitur, quaſi Dominus, vbi pro debito ius reale in feudo admiſit, inſimul ipſum debitum adprobaſſe videatur. Nam ſicuti non ſequitur, quia debitum alterius adprobavi, ergo me ipſum ad idem præſtandum obligatum volui: ita contraria præſumtio magis fundata eſt in *l. 26. §. 1. de pignor. & hypothec.* vbi etiam tertius, qui in oppignorationem rerum ſuarum conſentit, ex ipſo debito conueniri nequit, ſed tantum actione reali.

Vnde ne quidem alternatiue aduerſus ipſum agi poteſt.

§. XXIX.

Hactenus probatum dedimus, quomodo hypotheca feudi ſolius Domini conſenſu firmata non ſolum aduerſus Vaſallum aliosque, qui feudum viuo Vaſallo atque ipſius deſcendentibus poſſident, verum etiam contra Dominum effectus ſuos producat. Sed etſi ex Domini conſenſu tantum robur eidem accedat eique in dubio ſemper acceſsiſſe præſumatur: tamen hæc præſumtio ceſſat, quando Dominum aliud voluiſſe liquido conſtat. Non quidem Dominus in hypothecam feudalem conſentire poteſt adiecta clauſula, ne creditori ex feudo ſatisfiat, quippe talis proteſtatio vtpote facto contraria non poteſt non inutilis eſſe, ne quod una manu largimur, altera auferamus. Verum tamen illud Dominus prohibere poteſt, ne hypotheca diutius ſubſiſtat, quam durante iure Vaſalli, adeoque hoc ipſo efficere, ne ipſe feudo ad ipſum reuerſo conueniri poſſit. *arg. l. 4. §. 1. Quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv.* Vnde etiam hypotheca ſæpius ad certum

Ob debitum conſenſuatum aduerſus Dominum agi nequit, ſi conſentiendo de eo proteſtatus ſit.

tum

tum tempus reſtringitur. Quo caſu Doctores communiter ſtatuunt, quod tempore elapſo hypotheca illico expiret, quia quod ad tempus permiſſum, eodem elapſo prohibitum cenſetur *a. l.* 11. §. 1. *l.* 34. §. *vlt. d. Legat.* 2. atque illud multo magis obtinere debere videtur, ſiquidem clauſula caſſatoria conſenſui adiecta ſit. Qua de re ſequentia habentur in *Dec. El. nou.* 31. *ibi:* ſo ordnen ſetzen und wollen wir/ wenn ein Conſens es ſey auf Lehn/ bona cenſitica, Erb-Zinß-Gut/ oder bona Emphyteutica, oder andern Grund-Stücken ob paritatem rationis auf eine gewiſſe Zeit ertheilet und von Gläubigern oder Schuldnern nicht länger um Verlängerung angehalten wird/ daß nach der verfloſſenen Zeit der Conſens vor erloſchen zu achten und ſolches um ſo vielmehr / wenn darinnen die clauſula caſſatoria, daß der Conſens länger nicht / alß auf die geſetzte Zeit währen ſolle/ausdrücklich zu befinden. Quicquid ſit, non adeo indiſcrete hoc accipiendum eſſe exiſtimo, quin potius duo diuerſi caſus a ſe inuicem probe diſtinguendi videntur. Aut enim conſenſus in hypothecam ad illud ipſum tempus, ad quod Vaſallus pecuniam mutuo accepit, reſtrictus fuit: aut tempus præſtandæ ſolutionis arctius eſt eo tempore, ad quod Dominus in hypothecam conſenſit. Quod ſi priori caſu adſtruere velimus hypothecam poſt tempus elapſum mox extingui, idem propemodum eſſet, ac ſi nulla hypotheca alteri conceſſa fuiſſet. Nam ſi creditor ante tempus elapſum agere velit, haud dubie remouebitur exceptione plus petitionis tempore, eo quod tempus ſolutionis nondum elapſum eſt, adeoque propter debitum quod nondum debetur, nulla adhuc actio, ſiue ſit perſonalis, ſiue realis, locum inuenire poteſt, niſi quis proteſtationis ſpecialitate actori conſuli poſſe cenſeat. Quare quum omnis actus propterea ſuſceptus eſſe videatur, quo aliquid operetur, aſt actus hypothecæ alteri conſtitutæ parum operaturus ſit, niſi etiam poſt tempus determinatum ex illa agi poſſit, hoc caſu dicendum erit, quod hypotheca poſt tem-

Quid ſi ad certum tempus in hypothecam conſentit.

quando tempus præſtandæ ſolutionis cum tempore ad quod hypotheca conſenſu munita eſt, coincidit, illa non illico expirat.

Digitized by Google

pus illud quidem expiret, non tamen illico *a. l. 1. §. 2. C. d. annal. except.* verum, ſi creditor in agendo vlterius ceſſauerit, cuius nomine integer adhuc annus certa rati ne indultus eſt per *Ordinat. Pol. Magdeb. c. 8. §. 17.* Quod attinet ad poſteriorem caſum, ibi aliter omnino ſeſe res habet ibique admitto, quod hypotheca poſt tempus elapſum illico expiret, quum creditor ante illud agere potuiſſet, quod quum ab ipſo non factum ſit, habet, quod ſibi imputet. Atque de hoc caſu loquitur *dict. Dec. El. 31.* id quod verba finalia non obſcure euincunt, vbi: **nicht weniger denn auch in dem Fall / wenn einer vor Ablauff der in der Gunſt enthaltenen Zeit klagbar würde / bey angehender Klage aber die Zeit des** Conſenſus **verſtreiche / gleichwohl auf ein richtig Unterpfands-Recht und** Hypothec **ohngeachtet der verfloſſenen Zeit / ſo wohlen ſonſten / als in** concurſu Creditorum **geſprochen werden ſolle.** Interim quo ipſo Dominus in hypothecam feudi ad certum tempus conſentit, non ſtatim illud efficit, quo ipſe exinde plane non conueniri poſſit. Nam ſi feudum ante tempus præfinitum elapſum ad Dominum peruenit, illo tempore hypotheca nondum extincta eſt, adeoque pariter contra ipſum ob debitum non ſolutum actio hypothecaria dabitur, quia feudum cum ſuo onere ad illum peruenit. Vnde magis omnino conſulitur Domino, ſiquidem expreſſe hoc pacto in hypothecam conſenſit, ne aliquando aduerſus ipſum agi poſſit. Attamen vtroque caſu obſeruare licebit, quod ſi creditor ſtato tempore actionem mouit, eadem poſtea inanis non fiat, etſi interea tempus, quo conſenſus expirare debuit, finitum, vel feudum inter moras iudicii ad Dominum reuerſum ſit, quippe creditori, vbi propter moram & contumaciam Vaſalli debitum conſequi nequit, nihil imputari poteſt, qui actionem exercendo

ſed hoc fit, quando tempus præſtandæ ſolutionis arctius eſt eo tempore ad quod Dominus in hypothecam conſenſit.

ante tempus elapſum contra Dominum recte agitur.

actio hypothecaria iuſto tempore contra Vaſallum inſtituta, poſtea contra Dominum continuatur.

do ſatis ſibi vigilauit, adeoque cauſam ſuam non poteſt non facere meliorem *l. 86. 87. d. R. I. l. 29. d. nouat, dict. verb. final. Dec. El. 31.*

§. XXX.

Non idem hypothecæ quantumuis perpetuo Domini conſenſu munitæ effectus, aduerſus agnatos & ſimultanee inueſtitos, qui non conſenſerunt, producitur, quippe ius agnatis ex pacto primi acquirentis & ſimultanee inueſtitis ex proprio facto quæſitum non permittit, quo feudum ad ipſos, vbi illud iure proprio conſequuntur, cum onere hypothecæ deuoluatur, etſi actio hypothecaria iam ante a creditore mota; nec tum ipſi, propter contumaciam vltimi poſſeſſoris ſatisfactum ſit. Neque vero propterea concludere licebit, hypothecam penitus non ſubſtitiſſe, quin potius aſſerendum eſt, quod hypotheca ſolius Domini conſenſu corroborata non ſolum ipſo iure ſubſiſtat, verum etiam naturam hypothecæ legitimæ externam ſaluam atque illæſam retineat, etſi eidem ex poſtfacto propter delatam ad agnatos vel ſimultanee inueſtitos ſucceſſionem quid decedere videatur. Nam eo caſu quo conſenſus Domini ad certum tempus reſtrictus fuit, mirum videri nequit, quod natura hypothecæ legitimæ quadantenus immutata ſit, quia tale quid inter contrahentes expreſſe actum eſt, ne hypotheca vlterius quam ad tempus determinatum ſubſiſteret. Et licet idem tacite actum videatur, quando conſenſus Domini quidem indeterminate acceſſit, aſt conſenſus agnatorum vel ſimultanee inueſtitorum omiſſus fuit, quum contrahentes bene nouerint, hypothecam iſtis feudi ſucceſſoribus obeſſe non poſſe: attamen illud quoque certum eſt, quod expreſſa noceant, non expreſſa non æque *l. 195. d. R. I.* Quin etſi hypotheca feudalis contra agnatos vel ſimultanee inueſtitos

Non etiam contra agnatos & ſimultanee inueſtitos, qui non conſenſerunt etſi hypotheca perpetuo Domini conſenſu munita ſit.

Inde nihil decedit naturæ hypothecæ legitimæ.

Quod ſecus, ſi hypotheca ad certum tempus reſtricta fuit.

Feudo ad agnatos vel ſimultanee inueſtitos dela-

to, hypotheca non penitus expirat, quin potius dormit.

veſtitos non obtineat: non tamen penitus expirat, quin potius, durante iure eorum dormit & poſtea feudo ad Dominum reuerſo adeoque impedimento ſublato reuiuiſcit in tantum, vt contra Dominum vlterius propter debitum nondum ſolutum actione hypothecaria agi poſſit. *conf. l. 20. §. 2. d. S. V. P. l. 14. quem. ſeruit. amitt. l. 57. pr. d. Vſufr. l. 26. quib. mod. Vſusfr. amitt. l. 30. C. d. Iur. dot.*

§. XXXI.

Viget vero, quamdiu feudum ab agnatis non reuocatur.

Quemadmodum itaque hypotheca feudalis, feudo ad agnatos & ſimultanee inueſtitos iure ſucceſſionis delato, non ipſo iure extinguitur: ita eadem tamdiu durat, quamdiu agnati & ſimultanee inueſtiti iure ſuo non vtuntur, nec feudum a creditore vel heredibus Vaſalli alioue poſſeſſore reuocant. *a. II. F. 26. §. Titius.* Aſt hoc facto, conſequuntur illud, ſicuti §. praecedenti monuimus, ſine onere, neque ipſis imputari poteſt, vt illud reluant, de quo Vaſallus nihil in eorum praeiudicium diſponere potuit. *vid. d. II. F. 26. §. Titius. II. F. 39. I. F. 8. §. hoc quoque Conſt. 48. 49. P. II.* Quod vulgo limitatur, niſi oppignoratio pro neceſſitatibus ex feudi cauſa ortis facta ſit, indeque inferri ſolet, quod hic caſus ſubſit, vbi oppignoratio etiam abſque conſenſu agnati vel ſimultanee inueſtiti facta, nihilominus in praeiudicium ipſius ſubſiſtat. Etſi vero non negem, quod agnati & ſimultanee inueſtiti onera feudi agnoſcere teneantur, neque adeo feudum a creditore poſſeſſum prius conſequi poſſint, quam ſi creditori ſatisfactum ſit. *vid. II. F. 28. §. ſi Vaſallus. II. F. 8. §. econtrario. I. F. 6. §. mutus. Conſt. El. 46. P. II.* tamen hic effectus non quidem oppignorationi, ſed ipſi naturae debiti feudalis adſcribendus eſt. Neque haec obſeruatio otioſa videri debet. Nam ſi oppignoratio ipſa valeret, ſequeretur, quod pariter contra agnatum vel ſimultanee inueſtitum

Hoc facto conſequuntur agnati feudum ſine onere, etſi oppignoratio pro neceſſitatibus ex feudi cauſa ortis facta ſit.

Digitized by Google

veſtitum, propter debitum nondum ſolutum ad diſtractionem feudi perueniri poſſet, quod oppido falſum eſt, quum ipſorum conditio nullo Vaſalli facto deterior reddi poſſit. Iam vero ob alia debita feudalia non niſi ad fructus feudi regreſſus competit creditori, vnde neque hoc caſu aliter ſeſe res habet. Verumtamen non deſunt caſus vbi hypotheca ſolius Domini conſenſu firmata pariter contra agnatos ſubſiſtit; id quod in ſimultanee inueſtitis rarius contingit, ſicuti hoc ſubinde demonſtraturi ſumus.

§. XXXII.

Hypotheca abſque conſenſu agnatorum perpetuo ſubſiſtit in feudo nouo.

Conſtat quod agnatorum in feudo nouo nulla ſit ſucceſſio *II. F. 11. & 18.* Vnde facile patet, quod iſtius feudi oppignoratio, ſi modo conſenſus Domini eandem confirmauit, omni tempore valitura ſit, atque omnino inutile ac fruſtraneum foret agnatorum conſenſum requirere, quibus nullum ius in feudo competit *vid. II. F. 39. in pr.* Aſt maius dubium occurit, quando quis feudum nouiter acquiſiuit iure feudi antiqui, quippe hoc modo primi acquirentis collateralibus agnatis ex pacto ipſius ius ſuccedendi perinde acquiritur, ac ſi feudum a maioribus eſſet acquiſitum *I. F. 1. §. cum vero Conradus. I. F. 14. §. ſi duo fratres. I. F. 20. II. F. 12. 18.* Quare ſi poſtea feudum ſine eorum conſenſu pignori vel hypothecæ ſubiiciatur, hoc ipſis non videtur præiudicare poſſe. Verumtamen quum illi ad ſucceſſionem in feudo non aliter peruenire poſſint, quam vt heredes ipſius primi acquirentis, non poſſunt lucrum amplecti & onus ei annexum contemnere *l. vn. §. 4. in fin. C. d. caduc. tollend. iunct. l. 62. d. R. I.* Ex eadem ratione par agnatorum conditio eſt in feudo hereditario, cuius natura per expreſſum pactum inter Dominum & primum acquirentem initum ita informata fuit, vt contra regularem feudorum

In feudo hereditario.

dorum naturam in eo perinde atque in allodio ſuccedatur. Quo ipſo enim Vaſallus acquirens effecit, vt nemo ex futuris feudi ſucceſſoribus feudum aliter, quam beneficio Vaſalli vltimo defuncti conſequi poſſit, eo ipſo agnati, dum voluntatem primi acquirentis a quo ipſi deſcendunt ſequi tenentur, in feudo non ſuccedunt iure ſanguinis, vt alias in feudo *ex pacto & prouidentia* dicto, neque allodium a feudo ſeparare poſſunt, ſed ſuccedunt vel maxime iure hereditario, vt liberi parentibus ſuis, in allodio & feudo ſimul *II. F.45.* adeoque perinde, vt filii parentum, ita ipſi anteceſſorum ſuorum facta præſtare tenentur, quare oppignoratio ipſis ſemper præiudicabit.

§. XXXIII.

A quo differt feudum alienabile.

Cum feudo hereditario non confundendum eſt feudum alienabile, quando Vaſallus in literis inueſtituræ poteſtatem alienandi a Domino conceſſam habet. Non enim hoc ipſo ordo ſuccedendi feudalis immutatur, nec immutatus præſumi poteſt, quum pacta feudalia ſtricte & ita interpretanda ſint, quo minus a regulari feudi natura recedatur. Vnde & ea differentia feudum hereditarium & alienabile intercedit, quod illud propter regularem ſuccedendi ordinem immutatum inter feuda impropria referendum ſit, quum econtrario hoc naturam feudi proprii magis ſaluam & integram retineat, ſi modo poteſtas alienandi non nimis extenſa & talis alienatio inſuper conceſſa fuit, quæ effectum naturæ feudi contrarium producit, v. g. ſi facultas feudum in quaſcunque perſonas etiam fœminas transferendi conceſſa fuerit. Neque vero communem Doctorum opinionem probare poſſum, qui indiſtincte feudum ex pacto alienabile (nam de feudo ex ſtatuto vel conſuetudine alienabili illud facilius admitto) ad claſſem feudorum impro-

Quod certa ratione ad feuda propria referendum eſt.

propriorum reiiciunt. Equidem non diffiteor, quod feudum proprium abſque conſenſu Domini alienari non poſſit, aſt non video, quomodo hoc in feudo alienabili contingat. Nam quo ipſo Dominus Vaſallo in literis inueſtituræ poteſtatem alienandi concedit, eo ipſo conſentit in alienationem futuram. Aſt idem eſſe autumo, ſiue Dominus in anteceſſum alienationem ſubſecuturam conſenſu ſuo confirmet, ſiue conſenſum ex poſtfacto in ipſo negotio interponat. Illud quidem ex Iure feudali probari poteſt, quod natura feudi deſideret, vt illud alienari non poſſit, niſi Domino conſentiente ad quem ſpectare dignoſcitur, neutiquam tamen probabitur, quod conſenſus Domini mox ad ipſum alienationis actum accedere debeat. Neque refragantur verba textus *II. F. 48.* ibi: *licet propriam feudi naturam non habeat iure tamen feudi cenſebitur. iunct. II. F. 26. §. feudum ea lege datum.* Non enim hi textus agunt de caſu, quo alicui ius alienandi ſimpliciter datum fuit, ſed vel maxime de eo caſu, quo ita datum, vt feudum quaſi iure pleni dominii, vel potius abſque onere præſtandorum ſeruitiorum & cum poteſtate de feudo pro lubitu diſponendi in alium transferri poſſit, id quod non poteſt non naturæ feudi contrariari. Quemadmodum vero propterea feudum improprium non efficitur, quando illud conſenſu Domini interveniente in alium vt feudum transfertur; ita nulla ratio ſubeſt, cur illud pro improprio habendum ſit, quando conſenſus ab initio & in alienationem nondum præſentem conceditur, præſertim quum hæc poteſtas ita non niſi certis perſonis veluti Vaſallo & ipſius deſcendentibus acquiratur & feudum in nouum emtorem translatum, non etiam hac lege in ipſum tranſeat. *a. l. 27. §. 4. in fin. d. pact.*

H §.XXXIV.

§. XXXIV.

Etiam in feudo alienabili conſenſus agnatorum penitus non requiritur ad hypothecam.

Suppoſito, quod feudum ex pacto primi acquirentis alienabile ſit feudum proprium, non poteſt non ſequi, quod illud omnia naturalia ſua ſalua & integra habeat, adeoque agnati in eo non iure hereditario, ſed iure proprio ipſi primo acquiſitori ſuccedant. Proinde maximum dubium occurrit, an oppignoratio feudi ab vno ex anteceſſoribus facta agnatis poſtmodum ſucceſſuris præiudicet. Non tamen dubito, quin hoc affirmem, quia omnis qui feudum cum pacto de alienando acquirit illud efficit, vt ipſe & quiuis ex deſcendentibus facultatem oppignorandi cum effectu exercere poſſit, adeoque reliquis non aliter quam ſub hoc onere ius ſuccedendi acquiſiuiſſe videtur. Quam ob rem agnatis in feudo ſucceſſuris onus hypothecæ præiudicat non tam vt factum anteceſſorum, quam vt factum primi acquirentis, quippe cui contradicere non poſſunt, dum beneficio ipſius in feudo ſuccedunt. Ex quo apparet, quod longe aliter ſeſe res habeat eo in caſu, quando non primus feudi acquirens feudum ſub hac lege acquiſiuit, ſed alius ex deſcendentibus ipſius poteſtatem alienandi a Domino conceſſam accepit, cuiusmodi factum agnatis præiudicare nequit, quibus iam a primo acquirente ius pure, non vt in feudo alienabili, quæſitum fuit.

§. XXXV.

Diſpar ratio ſimultanee inueſtitorum in feudo nouo hereditario & alienabili.

Simultanee inueſtiti in omni feudo tam firmum atque radicatum ius per ſimultaneam inueſtituram conſequuntur, vt ipſis oppignoratio a Vaſallo facta præiudicare non poſſit, ſiue in feudo nouo, ſiue in feudo hereditario, ſiue alienabili ſuccedant. Ratio diuerſitatis, quæ ita agnatos & ſimultanee

tanee

tanee inueſtitos intercedit in promtu eſt, quæ in eo conſiſtit, quod ſimultanee inueſtiti non primo feudi acquiſitori ius ſuccedendi in acceptis referant, neque adeo ipſi ſuccedant, ſed vel maxime iure proprio eoque proprio facto per coniunctam manum adquiſito. Quare pactum quod Vaſallus contractui cum Domino inito adiecit, ipſius deſcendentes ſtringit, quibus ipſe pro lubitu proſpicere vel non proſpicere poterat, neutiquam tamen ſimultanee inveſtitos, quia nemo in alterius præiudicium recte paciſcitur *l. f. d. pact.* Interim tamen in feudo, quod vi conſuetudinis vel priuilegii Vaſallis certæ prouinciæ concesſi alienabile eſt, diſpar ſimultanee inueſtitorum conditio deprehenditur. Poſtquam enim iſtius feudi ea eſt natura, vt quilibet Vaſallus de eo pro lubitu diſponere poſſit, ſimultanee inueſtiti ius ſuccedendi ſibi non aliter acquirere potuerunt, quam pro natura ac qualitate feudi, quod ipſi adſectabant. Vnde ſi poſtea feudum ad eos deferatur ab alio ex anteceſſoribus ſine eorum conſenſu oneri hypothecæ ſuppoſitum, onus agnoſcere tenentur, neque de eo conqueri poſſunt, quum ipſis qualitas feudi in quo ſuccedunt ab initio non incognita eſſe debuerit. In alio feudo tum quoque hypotheca abſque conſenſu ſimultanee inueſtitorum penitus ſubſiſtere videtur, quando Vaſallus per ſpeciale pactum cum ipſis initum de poteſtate feudum pro lubitu alienandi ſibi proſpexit, ſed ita conſenſus per pactum antea declaratus ad alienationem vel oppignorationem inſecutam producitur, vt adeo nouo conſenſu poſtea opus non ſit.

Aſt in feudo vi conſuetudinis alienabili conditio ſimultanee inveſtitorum cum ea agnatorum coincidit.

§. XXXVI.

Notiſſimi iuris eſt, quod hæres tanquam ſucceſſor in vniuerſum ius quod defunctus habuit *l. 62. d. R. I.* contra ſa-

factum defuncti venire non poſſit. *l.12. C. d. R. V. l.24. C. d. donat.* neque lucrum amplecti & onus ei annexum contemnere *l. vn. §. 4. in fin. C. d. caduc. tollend.* Quam ob cauſam non dubitatur, quod agnati, qui alias iure proprio in feudo ſuccedere poterant, neque oppignorationi citra eorum conſenſum a Vaſallo factæ locum dare tenebantur, illi contradicere non poſſint, ſiquidem heredes Vaſalli oppignorantis vel mediate vel immediate exiſtunt, ſuccedendo in allodio & feudo ſimul, quum ſic utrumque pro vna hereditate habeatur *II. F. 45.* Atque hanc iuris communis diſpoſitionem pariter quondam quoad ſimultanee inueſtitos in Saxonia Electorali adprobatam fuiſſe edocet *Conſt. El. 48. P. II.* Quicquid ſit, in alia omnia iuit Sereniſſimus Saxo inſequenti tempore, vbi per *Edict. Torgau. d. anno 1583. Tit.* Welchergeſtalt die Agnaten ꝛc. §. es ſollen auch ꝛc. ſimultanee inueſtitis poteſtatem rouocandi expreſſe conceſſit, etſi ipſi Vaſalli alienantis heredes exiſterent, *verſ.* ja wenn ſie gleich aus guten Willen Erben worden wären ꝛc. quo poſito etiam illud verum ſit neceſſe eſt, quod feudum ſine onere hypothecæ, quam ſimultanee inueſtiti conſenſu ſuo nunquam confirmarunt, ad illos reuertatur, atque eo ipſo vlterius illud euincitur, quod ſimultanea inueſtitura longe fortius ius tribuat, quam ſola agnatio de iure communi. Neque tale quid ſine ſolida iuris ratione obtinere videbitur. Sicuti enim heres non dicitur, niſi intuitu hereditatis a defuncto adquiſitæ adeoque defuncti facta non, niſi quatenus hereditatem tangunt, præſtare tenetur *a. l. 2. C. ſi quid in fraud. patron. iunct. d. l. 62. d. R. I.* ita, ſi quis conſideraverit, quod ſimultanee inueſtitus feudum non vt heres, ſed vt alius poſſeſſor iure ſingulari, ſcilicet vi ſimultaneæ inueſti-

Agnati Vaſalli oppignorantis heredes, oppignorationem ab ipſo factam impugnare non poſſunt.

Aliter ſe res habet quoad ſimultanee inveſtitos.

veſtituræ conſequatur, non mirum videbitur, cur nullum defuncti factum feudum grauare poſſit in præiudicium ipſius, qui tantum intuitu hereditatis allodialis vt heres conſideratur. Aſt quia defunctus, qui feudum pro debito obligauit, pariter quoad perſonam obligatus exiſtit atque talismodi obligationem vlterius ad heredes transmittit, non quidem debitum contra ſimultanee inueſtitum ex feudo peti poteſt, recte tamen vt aliud debitum chirographarium ab ipſo tanquam herede allodiali exigitur. *Edict. Torgau. d. l.* §. Dieweil aber ꝛc. *verb.* jedoch ſind die Mitbelehnten auf ſolchen Fall / da ſie Land-Erben worden wären / von der Erbſchafft / ſo weit ſich die erſtrecket / dasjenige zu gelten pflichtig / was andern Erben diſſfalls oblieget.

Qui tamen debitum pro quo feudum ſine eorum conſenſu oppignoratum eſt, ex bonis allodialibus defuncti Vaſalli ſoluere coguntur.

§. XXXVII.

Quando quis actu nondum ſimultanee inueſtitus fuit, per ſe fluit, quod ille neque tum iura a ſimultanea inueſtitura dependentia exercere poſſit. Vnde hypotheca feudalis absque ipſius conſenſu penitus ſubſiſtit, etſi poſtea actu inueſtitus ſit, quum ſufficiat, quod tempore conſtitutæ hypothecæ nondum talis fuerit, adeoque pro eo tempore tanquam non ens conſiderandum veniat cuius nullæ ſunt qualitates & accidentia. Talismodi caſus facile contingere poteſt, quando Vaſallus qui iam ante feudum acquiſivit, poſtea demum alios ſimultanee inueſtiendos offert, qui deinde actu inueſtiuntur. Ita enim in Saxonia noſtra per *Receſſum prouincialem d. d. 17. Mart. 1700.* Vaſallis feudum nouum adquirentibus Sexennium eſt indultum, quo ſimultanee inueſtiendos denominare valeant atque eo ipſo derogatum fuit Mandat. feud. *de d. 12. Nou. 1691.* vbi iſta facultas ad anni ſpatium reſtricta fuit. Quin etſi inueſtiendi

Conſenſus eorum qui nondum actu de feudo ſimultanee inveſtiti ſunt, plane non requiritur ad hypothecam feudi.

Digitized by Google

di a Vaſallo iamiam denominati ſint, quum tamen non niſi per ipſum inueſtituræ actum ius reale in feudo ipſis adquiratur, hypotheca quæ adhuc ante inueſtituram a Vaſallo conſtitua fuit, pleniſſimum pariter contra ipſos producit effectum. *v. Edict. Torgau. d. l.* §. jedoch iſt ſolches ꝛc. *verb.* an dem Lehn die geſamte Hand würcklich erlanget hätte ꝛc. Tum vero ſimultanea inueſtitura perfecta dicitur, quando iuramentum fidelitatis Domino directo a ſimultanee inueſtiendis præſtitum ipſique ſolemniter in Vaſallos recepti ſunt. Immo non ſufficit iuramentum fidelitatis præſtitiſſe, ſed vel maxime etiam iuramentum ſubiectionis præſtandum eſt. Nam licet Vaſallus qua talis non etiam ſit ſubditus : attamen in illis Electorum & ſtatuum Imperii territoriis ubi plenus Landſaſſiatus viget, nemo feudum poſſidere poteſt, niſi inſimul perſonam ſubditi agere velit. Vnde pariter in noſtris terris iura Landſaſſiatus eatenus extenduntur, vt nemo a Potentisſimo Electore & Serenisſimis Saxoniæ Ducibus ne quidem ſimultanee inueſtiatur, niſi etiam ſubditus fiat, & vna cum Vaſallagio homagium præſtet. Mandat. Johann. Georg. II. *de d. 1. Iun. anno 1657.* §. und anfänglich zwar *verb.* und dabey die gewöhnliche Erbhuldigung und Lehns-Pflicht ſelbſt abzulegen. Qua de re ſortitur ibidem ſimultanee inveſtitus forum ſubiectionis, vbi deinde in Regiminibus & Curiis prouincialibus Saxonicis tum in cauſis feudalibus quum non feudalibus perſonalibus & realibus conueniri poteſt, etſi in his terris nullas poſſeſſiones nec domicilium habeat. *conf. omnino B. Horn. Ipr. feud. C. XII. § ult.*

Quando quis actu inueſtitus dicatur.

§. XXXIIX.

Porro adhoc vt ne ſimultanea inueſtitura validitate ſua deſtituatur, requiritur, vt illa conſentiente Vaſallo

Iura ſimultanee inueſtiti non conſequi-

pos-

poſſeſſore fiat, idque omnino innuit *Edict. Torgau. d. l.* §. jedoch iſt ſolches ꝛc. *verb.* Die ſo die geſammte Hand mit Vorwiſſen des Beſitzers würcklich erlanget. Nam ſicuti nemo de re aliena diſponere poteſt niſi Domino conſentiente, vnde libera de feudo diſpoſitio Vaſallo ademta eſt, ita etiam Dominus directus Dominium vtile Vaſallo proprium nullo modo grauare, vel alteri ius reale in eodem concedere poteſt, niſi hoc fiat cum conſenſu Vaſalli, de cuius praeiudicio agitur. *II. F. 27. §. ſi quis.* Et licet pactum de re aliena ſubſiſtat in caſum, ſi illa mea futura eſt, *l. 38. §. 4. d. V. O. l. 16. §. 1. d. pignor.* adeoque idem de ſimultanea inueſtitura, quae fit absque conſenſu Vaſalli poſſeſſoris dicendum ſit, quod ſubſiſtat in caſum conſolidationis, quando Dominium vtile ad Dominum redit: tamen exinde nihil aliud conficitur, niſi quod talismodi inueſtitura in vim abuſiuae inueſtiturae adeoque ſaltim contra Dominum valitura ſit. Aſt abuſiue inueſtitus in feudo non conſequitnr ius purum ac praeſentaneum, quale alias ſimultanea inueſtitura tribuit, ſed conditionatum; neque ſic aliter quam conditione exiſtente ius reale in ipſum tranſire videtur, etſi concedam, quod pariter abuſiua inueſtitura non ſaltim ius ad rem ſed vel maxime etiam ius in re tribuat. *vid. I. F. 8. II. F. 35. iunct. II. F. 8. II. F. 88. II. F. 26. §. ſi facta.* Ex quibus firmiter illud colligimus, quod hypotheca feudalis in praeiudicium illius, qui ita absque conſenſu Vaſalli poſſeſſoris a Domino de feudo ſimultanee vel potius abuſiue inueſtitus eſt, ſubſiſtat, illeque de eo conqueri non poſſit, quaſi conſenſus ipſius non fuerit requiſitus, quum ipſi tempore conſtitutae hypothecae nondum ius pure atque perfecte quaeſitum in feudo competierit.

tur, qui abs que conſenſu Vaſalli poſſeſſoris coniunctam manum impetravit.

Bene tamen iura abuſiue inueſtiti.

Abuſiue inueſtitus non prius conſequitur ius in re quam caſu aperturae exiſtente.

Vnde ille qui ſine conſenſu Vaſalli poſſeſſoris ſimultanee inueſtitus eſt, oppignorationem ſine conſenſu ſuo factam improbare nequit.

§. XXXIX.

§. XXXIX.

Quando agnati & ſimultanee inueſtiti ad conſentiendum cogi poſſunt vel non?

Denique abſque conſenſu agnatorum & ſimultanee inueſtitorum hypotheca feudalis perpetuo valere videtur, quando oppignoratio ex iuſta cauſa facta, ipſique ſine iuſta cauſa conſenſum ſuum denegauere. Nam quod tum ad conſentiendum cogi poſſint, iisque pertinaciter reſiſtentibus conſenſus pro interpoſito habeatur, aſſerunt alii. Cuius rei ratio haud dubie in illo Iuris naturalis principio quæritur: *quod mihi non nocet, alteri vero prodeſt, ad illud præſtandum compelli poſſum.* Neque diffiteor, quod ſi talismodi caſus exiſtat, quo agnatis vel ſimultanee inueſtitis per conſenſum nullum adferri poteſt præiudicium, v. g. ſi Vaſallus de reluendo feudo ſtato tempore, ſatisdationem offerat, nec ulla diſſentiendi ratio adſit, quod inquam malitia, quam ſubinde in diſſentiendo committunt, ipſis patrocinari non debeat. Immo hoc caſu non audiendi ſunt, etſi contendant, feudum non ex iuſta cauſa oppignoratum eſſe, quum ſufficiat, ipſis ſufficientem ſecuritatem quæſitam eſſe, & deficere contradictionis cauſam ac proinde nihil eorum intereſſe, ſiue oppignoratio ſit iuſte ſiue iniuſte facta. Alioquin vero quando agnatis vel ſimultanee inueſtitis ex conſenſu præiudicium adſerri poteſt, illos nunquam ad conſentiendum cogi poſſe autumo, etſi iuſtiſſima cauſa prætendatur, ob quam oppignoratio fieri debeat. Aſt ſummum ſemper præiudicium metuendum erit, nec vnquam deerit iuſta contradicendi cauſa, quando etiam feudum pro oneribus, quæ alias ſua natura omnes feudi poſſeſſores ſequuntur, obligari debet. Nam, ſicuti iam ſupra ſuo loco §. *XXXI.* monuimus, ex conſenſu in oppignorationem in tantum conſentientibus præiudicatur, vt contra

eos

Digitized by Google

eos ob debitum non ſolutum ad diſtractionem feudi perveniri poſſit; quum econtrario ob debitum feudale non conſenſuatum executio non vlterius quam in fructus fiat: Quare quum nemo inuitus iuri ſuo renunciare cogatur, non maius ius Domino competit, ad conſenſum agnatorum & ſimultanee inueſtitorum, qui illum præſtare recuſant, propria autoritate ſupplendum, quo minus hypothecam feudi pro debitis neceſſariis, penitus omiſſo & irrequiſito eorum conſenſu valere, dict. §. XXXI. obſeruauimus.

§. XL.

Itaque quum prolixius deductum ſit, quomodo hypotheca feudalis abſque conſenſu agnatorum & ſimultanee inueſtitorum ſubſiſtat, imprimis ſaluo eorum iure, partim vero etiam in eorum præiudicium, nobis ad finem tendentibus quæſtio themati noſto contraria occurrit, an non fieri poſſit, vt hypotheca agnatorum & ſimultanee inveſtitorum conſenſu deſtituta vitio nullitatis laboret. Ex iure notum eſt, quod alter alteri poteſtatem alienandi per pactum cum ipſo initium adimere poſſit. *l. fin. C. d. reb. alien. non alienand.* Et licet pacta non rem ſed perſonam adficiant *l. 3. d. Obl. & Act.* adeoque alienatio contra pactum facta ſubſiſtat in tantum, vt paciſcenti nulla actio realis contra tertium rei alienatæ poſſeſſorem detur, ſed non niſi actio perſonalis ad intereſſe contra alienantem. *l. pen. d. pact. iunct. l. 15. §. fin. d. re iudic:* tamen aliter ſe ſe res habet, quando alter paciſcens ius aliquod in re alienata habet *vid. l. 7. §. fin. d. diſtract. pign.* & clauſula commiſſoria pacto adiecta eſt, ſcilicet contractum ipſo iure

Quomodo hypotheca feudalis conſenſu agnatorum vel ſimultanee inueſtitorum deſtituta vitio nullitatis laboret.

 de-

Digitized by Google

debere eſſe nullum ſi contra pactum res diſtracta fuerit: *a. l. 19. d. Vſurp. & Vſur. l. 13. in fin. pr. d. pignorat. act. iunct. l. 10. §. vlt. quib. mod. pign. ſolu.* Nam in tali caſu alienatio fit nulla atque res a tertio repeti poteſt. *dd. ll.* Qua ratione ſi agnati vel ſimultanee inueſtiti cum Vaſallo pactum inierint, de feudo ſine conſenſu ipſorum ſub pœna nullitatis non alienando, dubium non eſt, quod illud poſtea, quam Vaſallus contra venit, effectum nullitatis operetur, eumque in finem a F. I. L. Menſ. Iul. 1704. reſponſum fuiſſe teſtatur Magnificus Dominus Ordinarius MENCKEN *in Diſſertat. de feudo ex pacto cum ſimultanee inueſtitis alienabili th. 6.* Aſt poteſtate alienandi hoc modo per pactum ademta etiam facultas oppignorandi ademta cenſetur. *per l. fin. C. d. reb. alien. non alienand.*

TANTVM!

BIBLIOTECA NAZ. ROMA VITT. EMANUELE



Digitized by Google